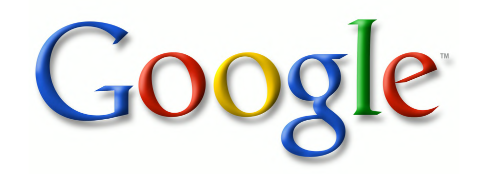
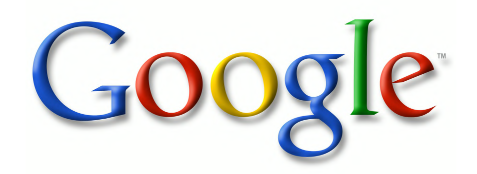





3 2044 103 211 108

Germany

2239

Oct 9 1

RECHT UND STAATAT

EIN VERSUCH ZUR ALLGEMEINEN RECHTS- UND STAATSLEHRE :: ::

VON

ADOLF GRABOWSKY

BERLIN und LEIPZIG
Dr. WALTHER ROTHSCHILD
1908

Haec est causa mortalibus omnium malorum, non posse communes notiones aptare singularibus.

Epiktet, Dissertationes IV, 1.

Nec vero haec est levior causa mortalibus omnium malorum, non posse singulares notiones aptare communibus.

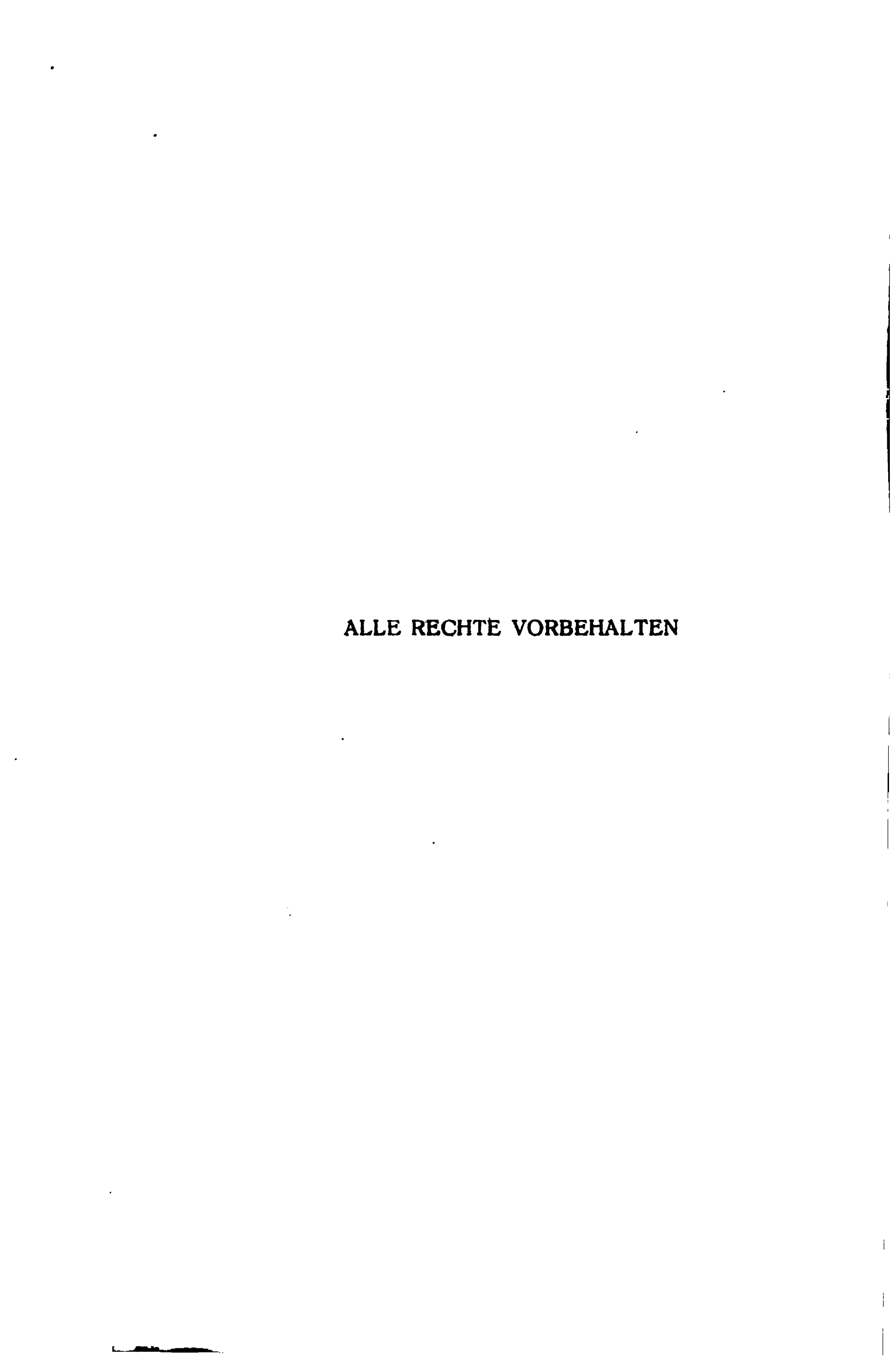
G.

Wenn die vorliegenden Anregungen ein Versuch genannt werden, so soll damit die Kleinheit des Umfanges im Vergleich zur Größe des Themas bezeichnet sein. Im übrigen erhebt die Schrift, gerade weil sie nur einige ausgewählte Probleme bietet, den Anspruch, als abgeschlossene Leistung zu gelten. Es ist gesagt worden, daß man seine Zuhörer erschöpft, wenn man den Gegenstand erschöpfen will. Der Satz ist falsch, soweit spezielle Themata in Frage kommen. Wissenschaftliche Arbeiten darüber haben allein dann einen Sinn, wenn sie bestrebt sind, erschöpfend zu sein. Danach hat sich auch der Zuhörer zu richten; wers nicht kann, möge überhaupt nicht nähertreten. Allgemeine Themata dagegen müssen sorgsam eingehegt werden wie ein Wildpark. Wobei zu bemerken ist, daß auch sonst die Wissenschaft von den Jägern zu lernen vermag. Es gibt gewisse Probleme, die einer Schonzeit bedürfen.

Um die Übersicht über die immer noch große Menge des Besprochenen zu erleichtern, ist ein Sach- und Namenregister beigefügt.

Berlin, Februar 1908.

G.



I.

(Einführung)

Man wird nicht leugnen dürfen, daß die Rechtswissenschaft sich heute in einer erheblichen Krise befindet. Man ist unzufrieden mit den Juristen, und die Juristen sind unzufrieden mit sich. Und alles läßt schließlich seinen Zorn an der Wissenschaft aus, die vom Rechte handelt.

In diesen kurzen Sätzen steckt bereits die Hauptmasse der Probleme, die es zu lösen oder richtiger: die es zunächst aufzustellen und genau zu unterscheiden gilt. Und indem ich behaupte, daß es vor allem auf die Aufstellung und Unterscheidung der Probleme ankommt, regt sich damit ein neues, noch tieferes Problem der Jurisprudenz, das vielleicht auf den letzten Grund alles Übels hindeutet. Es liegt in der Natur der richtenden und advokatorischen Jurisprudenz, daß sie die Probleme annimmt, wie sie diese vorfindet. Über einen Fall ist hier die Entscheidung zu treffen, der an sich in keiner Weise verändert zu werden vermag. Eine Tatsache der Vergangenheit, die nur so und nicht anders geschehen sein kann, ist in ihren rechtlichen Folgen zu beurteilen. Eine handfeste Aufgabe, die zu lösen ist, scheint demnach von selbst gegeben. Die Mittel, die bei der Lösung zu

gebrauchen sind, scheiden sich in die sachlichen und die rechtlichen. Die sachlichen Mittel umfassen die Aufhellung des vorhandenen Tatbestandes, die rechtlichen die Anwendung des ebenfalls vorhandenen Gesetzes auf diesen Tatbestand. Man kann sich irren oder man kann geschickt sein in der Aufhellung des Tatbestandes und in der Anwendung des Gesetzes: hiernach gibt es tüchtige und untüchtige Richter und Advokaten. Die „Wissenschaft“ ist die Eselsbrücke, die eine Anleitung zum besseren Verständnis der Gesetze zu gewähren vermag; oft genug aber verwirrt sie nur. Wo findet sich in dieser geschlossenen Rechnung die Notwendigkeit, ein Problem erst aufzustellen?

Und doch fühlte man sich unbehaglich. Früher vielleicht nicht, als man in einer handwerklich organisierten Gesellschaft als braver juristischer Handwerker mit wissenschaftlichem Heiligenschein dahinlebte. Als dann aber eine geänderte Zeit mit der Bevorzugung der Naturwissenschaften und damit der freien Forschertätigkeit nicht nur die alte gesellschaftliche Ordnung, sondern auch die ehrwürdige Ordnung der Wissenschaften sprengte, sah man sich allenthalben als bloßen Techniker beschimpft. Als Reaktion dagegen erfanden Juristen wie Nichtjuristen das Naturrecht. Das Naturrecht wurzelt nämlich — was man bisher kaum erkannt hat — weniger in einem neuen Humanismus, als vielmehr in einem unerhört neuen Drang, der Natur näher zu kommen. Überhaupt mißversteht man das Zeitalter der Aufklärung, wenn man es als vorwiegend geisteswissenschaftlich gerichtet auf-

faßt. Die Wahrheit ist, daß die großen Erfindungen zwar in der Hauptsache erst im 19. Jahrhundert gemacht wurden, daß aber die Grundlage dazu — die unmittelbare Liebe zum Erschaffenen — weit ausgeprägter im 18. Jahrhundert sich zeigte. Man braucht nur auf Rousseaus Pädagogik zu verweisen. Ja, es könnte geradezu das 18. Jahrhundert das naturwissenschaftliche genannt werden, wenn nur damals bereits die Scheidung von Spekulation und Empirie genauer durchgeführt worden wäre. Ist auch die Trennung von Spekulation und Empirie wie auch die von Natur- und Geisteswissenschaften letzten Endes methodischer Art, so beruht doch jeder Fortschritt der Wissenschaft auf der Erkenntnis, daß bei den körperlichen Dingen — vielleicht nicht andere Vorgänge, aber jedenfalls — andere Probleme im Spiel sind als bei den seelischen. Diese einfache Weisheit, die mit Weltanschauung nicht das geringste zu tun hat, sondern die nur wirklich wissenschaftliches Arbeiten erreichen will, ist leider erst ganz neuerdings zur Verbreitung gekommen. Damit ist dann die Vorstellung, als ob das Recht in der Natur liege, wie das Gold in der Erde, glücklich versunken. Im Grunde freilich verschwand dieser märchenhafte Glaube schon beim Aufkommen der historischen Rechtsschule, doch lebte er in anderer Form fröhlich weiter, auch nachdem, oder besser, als man erkannt hatte, daß mit den Wandlungen des Menschengeistes auch das Recht sich wandelt. Man konstruierte sich nun ein „natürliches“ Recht, das als veränderliches, im Volke lebendes Gebilde hinter

dem starren gesetzmäßigen Recht sich erhebt. Dieses natürliche Recht sollte selbstverständlich das bessere Recht bedeuten. Solche offenbare Verwechslung von rechtlichen Überzeugungen, die man „natürliches Recht“, „freies Recht“ oder wie sonst nennen möge, mit dem Rechte selbst hat gerade in demokratischen Zeiten immer starken Anklang gefunden, und so läßt sich denken, daß in der Revolutionsperiode der vierziger Jahre diese Idee mit aller Macht zum Vorschein kam. Der berühmte Vortrag Kirchmanns über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ gehört vor allem hierher.

Kirchmanns Vortrag ist mehr berühmt als gelesen. Diese dreißig Seiten aber sollte jeder Jurist sich hernehmen, denn, was ich auch gleich gegen Kirchmann einwenden werde, dieser Vortrag ist von einer Wucht, Kraft und Geschlossenheit, daß man vergeblich in der ganzen Rechtswissenschaft nach etwas Ähnlichem suchen wird. Den Kern der Ausführungen Kirchmanns bildet der lapidare Satz: „Die Rechtspflege ist durch die Wissenschaft zum Glücksspiel geworden.“ Überhaupt sei das positive Gesetz in seiner letzten Bestimmtheit bare Willkür; das natürliche Recht sei der Wissenschaft ewig voraus. Und weiter heißt es bei Kirchmann: „Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holz leben; von dem gesunden sich abwendend, ist es nur das kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers

und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur." Demgegenüber ist natürliches Recht das Recht, das mit der Nation geboren und gewachsen ist, „das Recht, dessen klare Aussprüche heilig und unverbrüchlich in jeder Brust geschrieben stehen sollen". Es gibt keinen reineren Ausdruck für das Verknüpftsein des Naturrechts mit dem „natürlichen" Recht Kirchmanns. Im Grunde braucht sich jeder nur auf sich selbst zu besinnen, und er ist im Besitze des Rechts. Da sind allerdings die Juristen nur überflüssig oder gar schädlich. Bei solchen Prinzipien wäre Kirchmann auch das B. G. B. etwa, überhaupt jede neue Kodifikation, von geringem Gewinn, und er würde auch längst nicht zufrieden sein, wenn wir die Mehrzahl der Literatur, die in der Tat von drei Worten des Gesetzgebers vernichtet wird, als dialektische Spitzfindigkeiten von uns abschütteln.

Rechtsanwalt Ernst Fuchs (Karlsruhe), der — anscheinend ohne Kirchmann zu kennen — in zwei neuerdings erschienenen Aufsätzen in Holdheims Monatsschrift (XVI, 8 und 12) ganz auf Kirchmanns Spuren geht, bricht auch über das B. G. B., wie über die Wissenschaft und Rechtsprechung, die es hervorruft, fast ohne alle Ausnahme den Stab. An die Stelle unserer von der römischen Rechtswissenschaft beeinflußten philologischen Jurisprudenz müsse eine „soziologische" treten, Psychologie und Sozialwissenschaften müßten die beiden Grundwissenschaften des juristischen Studiums werden. Dann würden wahrhaft freie soziologische Rechtsfindung und wahrhaft freie psychologische Be-

weiswürdigung einander ergänzen. Für unsere Zivilrechtswissenschaft, die eine juristische Astrologie sei, prägt Fuchs den Namen Pandektologie. — Wenn auch diese langen Aufsätze nicht arm an feinen Bemerkungen sind, und wenn mir auch insbesondere die häufig bereits von meiner Seite empfohlene Übertragung gewisser für das Strafrecht gewonnener Ergebnisse auf das Zivilrecht angenehm ist (z. B. die „Psychologie der Aussage“), so gilt hier doch im ganzen der Satz: „Qui trop embrasse, mal étreint“. Ein Autor, der mit der Behauptung hervortritt, die Juristen wären im allgemeinen viel tauglicher als Richter, wenn sie keine Juristen wären, hätte doch zunächst einmal die Aufgabe, seine „soziologische“ Rechtssprechung — mit dem Worte Soziologie kann man bekanntlich anfangen, was man will — etwas tiefer als mit der unklaren und wiederum sehr bestreitbaren (!) Kritik einiger Reichsgerichtsentscheidungen zu begründen.

Ein gewisser Teil der rein auslegenden — meinetwegen philologischen — Jurisprudenz muß bestehen bleiben, so lange Gesetze bestehen. Bis jetzt aber hat man immer noch gute Gründe zu der Annahme, daß die Existenz von Gesetzen nicht die Rechtsunsicherheit, sondern die Rechtssicherheit befördert. Der ausschließliche Glaube an das natürliche Recht in jeder Menschenbrust geht völlig zusammen mit der Überzeugung der anarchistischen Kommunisten von einem paradisischen Zustand nach Abschaffung des Staats. Die Rechtfertigung des Staats wie die der Gesetze liegt aber gerade in der mangelnden Übereinstimmung der menschlichen Gesinnungen.

Will man das natürliche Recht zum positiven Recht erheben, so verwechselt man, wie schon angedeutet, den rechtlichen Unterbau mit dem Rechte selbst. Daß man immer aufs neue den menschlichen Utopismus widerlegen muß, ist ja ein schönes Zeichen für die menschliche Sehnsucht, aber ein schlechtes für den menschlichen Verstand. Kropotkin hat neuerdings in einem lesenswerten Buche die gegenseitige Hülfe als Naturgesetz und als Entwicklungsfaktor gegenüber dem Darwinschen Naturgesetze des Kampfes ums Dasein behauptet. Daß soziale Instinkte im Menschen wie im Tiere tätig sind, läßt sich aber garnicht leugnen; ohne sie fiele ja auch die hauptsächliche Voraussetzung zu Staat und Gesetzen fort. Es fragt sich nur, ob nicht als gleich starkes Prinzip der Kampf ums Dasein sich geltend macht.

Hier ist eine Beobachtung interessant, die Eduard Meyer kürzlich berichtet hat, die ähnlich übrigens auch andere Reisende gemacht haben. Meyer erzählt (in einer Abhandlung über die ersten Anfänge des Staats und sein Verhältnis zu den Geschlechtsverbänden und zum Volkstum), er habe vor 30 Jahren in Konstantinopel an den Straßenhunden beobachtet, wie weit die Ausbildung organischer Gruppen bei Tieren gehen könne. „Sie haben sich in scharf gegen einander abgegrenzten Quartieren organisiert, in die sie keinen fremden Hund hineinlassen, und jeden Abend halten sämtliche Hunde eines jeden Quartiers auf einem öden Platz eine etwa eine halbe Stunde dauernde Versammlung ab, mit lebhaftem Gebell.“ „Hier kann man, schließt

Meyer, also geradezu von räumlich umgrenzten Hundestaaten reden." Zunächst ist diese Schlußfolgerung bemerkenswert. Man sieht, was man alles aus Beobachtungen in der Natur herauszuholen vermag, wobei noch ganz unberücksichtigt bleibt, daß die Beobachtungen auch falsch sein können. Soziale Triebe sind ja hier bei den Hunden unzweifelhaft im Spiel, aber — nach welcher Richtung? Meyer, der überhaupt leicht bereit ist, den Begriff Staat auf primitive Organisationen anzuwenden, spricht sofort von „Hundestaaten", nimmt demnach hier etwas dem „Staatswillen" Ähnliches bei den einzelnen Hunden an. Kropotkin dagegen würde den Willen zu festgefügter Organisation lebhaft verneinen und lediglich etwa freien kommunistischen Gemeinschaften Ähnliches erkennen. Wie wesentlich dieser psychologische und schließlich auch organisatorische Unterschied ist, liegt auf der Hand. Jedenfalls möchte ich — das scheint mir durchaus richtiger — bei diesem Vorgang höchstens einen sozialen Willen ohne jede Tendenz zu festerer Organisierung gelten lassen.

Was beweist jedoch die sozial gewiß anmutende Beobachtung Meyers gegen den Kampf ums Dasein? Ein bloßes Sichabschließen und Sichzusammentun einzelner Hunde in abgegrenzten Quartieren zeigt freilich nur den sozialen Instinkt. Doch zu dem Sichabschließen kommt sogleich das Ausschließen anderer Hunde hinzu. Dies Ausschließen gibt zwar erst die Möglichkeit eines Konflikts und noch nicht den Konflikt selbst, solange jede Gemeinschaft in allen Beziehungen sich genügt und ferner jeder Hund

auch einer Gemeinschaft angehört. Sobald aber nur ein überschüssiger Hund vorhanden ist, der, neu hinzugelaufen oder unbeliebt geworden, in ein anderes Quartier abgeschoben wird, ist der offene Konflikt da. Es kommen dann weiter die Zwischenfälle, die der Hunger oder die Sexualität verursacht, um den Kampf zwischen den Gemeinschaften zu entfachen. Zu denken ist besonders an das Erhaschen eines Bissens auf dem Grenzgebiet, an Grenzverletzung zur Zeit von Nahrungsmangel, an die Verfolgung der Weibchen zur Brunstzeit. Im gegebenen Falle aber entwickelt sich naturgemäß aus dem Kampf ums Dasein zwischen den Gemeinschaften der Kampf zwischen den Einzelnen selbst. Je geringer an Mitgliederzahl die Gemeinschaften sind, um so leichter wird offenbar dieser Kampf zwischen den Einzelnen als Einzelne, nicht als Glieder der Gemeinschaft entbrennen, weil der Einzelne nicht den Rückhalt einer starken Organisation besitzt, der ihn befähigte, den augenblicklichen Kampf gleichsam objektiver zu betrachten. Aber sieht man auch nur auf die Kämpfe der Gemeinschaften miteinander, so potenziert sich natürlich ihre Zahl, je kleiner die einzelne Gemeinschaft ist. Hieraus folgt, was von dem Axiom des theoretischen Anarchismus zu halten ist, daß gerade um des Friedens willen der Staat in möglichst viele Gemeinschaften aufzulösen sei.

Nimmt man nun als Beispiel nicht Tiere und nicht primitive Menschen, sondern Menschen unserer Zeit mit ihrer Differenziertheit, ihren unendlich verschiedenen Wünschen und Neigungen, so wird ganz klar, daß das Kampfprinzip im

sozialen Leben nur noch eine Verschärfung erfährt. Daß aus dem rein körperlichen Kampf, entsprechend der größeren Geistigkeit unseres Lebens, ein Kampf in feineren Formen geworden ist, tut nichts zur Sache. Der Konkurrenzkampf unserer Zeit wird freilich immer wieder einmal die körperliche Auslösung der Kräfte durch einen Krieg fordern, was gegen die Friedensfreunde, die das Umgekehrte behaupten, gesagt wird. Bei dem allen soll in keiner Weise geleugnet werden, daß in der Gegenwart das humanitäre Ideal in besonders starkem Maße auftritt. Aber, da dies Ideal, wie sich versteht, ebenfalls in den mannigfachsten Schattierungen erscheint, so hat es die Tendenz und muß sie haben, gemeingültig in festen gesetzlichen Normen dem sozial gefährlichen Individualismus des Einzelnen gegenüberzutreten.

In Wirklichkeit ist sogar der Individualismus bei den kleinen anarchistischen Gemeinschaften schlecht aufgehoben. Die Soziabilität dieser Zirkel ist naturgemäß eine viel mehr spürbare und deshalb im Konfliktsfall eine viel mehr drückende als die der großen staatlichen Verbände. Gerade für den mit tausend Verwundbarkeiten ausgestatteten Menschen von heute ist das Untertauchen in eine weite Gemeinschaft Bedürfnis. Zum Vergleich nehme man das Vergnügen, in einem großen Hotel nur Nummer zu sein, während man in einer kleinen Pension einer Fülle von Anknüpfungsmöglichkeiten ausgesetzt ist. — Es scheint mir, als ob die anarchistischen Theoretiker ihr soziales Ideal der Struktur der Bohême entnommen haben, was ihnen ja auch

infolge ihrer gesellschaftlichen Stellung nahe lag. Die Bohême aber ist eine Klassenerscheinung stärkster Art, mit allen Vorurteilen gegen andere Klassen und allen Vorurteilslosigkeiten gegen sich. Wie jede Klasse steht auch sie auf dem Standpunkt des auserwählten Volkes, was natürlich nicht hindert, daß unter den Auserwählten besonders Auserwählte sich durchzusetzen suchen. Der sogenannte freie Mann schimpft so gern über den pfäffischen Hochmut, sieht seinen Klassenhochmut aber nicht, der genau dasselbe ist. Man ist ja gewiß reformatorisch gesinnt, denn man fordert das allgemeine Priestertum für seine Klasse. Nur leider, daß schließlich immer wieder — vermutlich aus wohlbegründetem Naturgesetz — Pfaffen heraufmarschieren.

Aus den der Soziabilität und der Individualität gleich abträglichen anarchischen Zuständen ergibt sich also sowohl die Notwendigkeit und Schwierigkeit der Gesetzesentstehung, wie die notwendige und schwierige Aufgabe einer Gesetze gestaltenden Jurisprudenz. Diesem Gebiet der Rechtswissenschaft ist Kirchmann überhaupt nicht gerecht geworden: er beschäftigt sich immer nur mit der interpretierenden Jurisprudenz. Diese ist — wie schon hervorgehoben wurde — naturgemäß nötig, aber ebenso naturgemäß nicht schöpferischer Natur. Wenn aber Kirchmann deshalb der Gesetze auslegenden Rechtswissenschaft nicht nur den wissenschaftlichen, sondern beinahe auch den ehrenhaften Charakter abspricht, so überblickt er nur eine vorbereitende Handlung und nicht den Verlauf

der Handlung selbst. Die interpretierende Jurisprudenz hat in der Rechtsprechung gleichsam nicht mehr als eine deklaratorische Bedeutung, während die schöpferische konstitutive Jurisprudenz sich hieran erst anschließt. Auch dies ist Kirchmann verborgen geblieben, vielleicht seiner positivistisch-nüchternen Charakteranlage wegen, die sein Biograph Th. Sternberg — mir scheint, mit Grund — an ihm feststellt.

Wir halten jetzt an dem Punkt, wo deutlich werden kann, was mit dem eingangs berührten Bedürfnis nach Aufstellung eines Problems durch Richter und Advokaten gemeint war. Wenn das Gesetz der sozialen Anforderungen wegen etwa die Diagonale der individuellen Rechtsüberzeugungen zieht, und wenn es doch gilt, das Gesetz im einzelnen Falle anzuwenden — wo bleibt da die „Gerechtigkeit"?

Es ist in der Tat das Problem der Gerechtigkeit, das im Zentrum aller rechtlichen Probleme steht, wie denn auch die berühmte Definition des Celsus lautet: ius est ars boni et aequi. Dies ist jedoch nicht ein Problem, das sich von selbst darbietet, sondern eines, das in jedem einzelnen Rechtsfalle neu aufgestellt werden muß. Denn die Gerechtigkeit ist kein Hausmittel, das wohl behütet im Schranke liegt und das man nur hervorzuholen und anzuwenden braucht, vielmehr ein schillerndes Elixir, daß man stets aufs neue und stets anders bereiten muß. Immer wieder ist das Gesetz zu nehmen und die rechtlichen Überzeugungen dazu und immer wieder ist zu fragen: Was ist hier gerecht? Wie verhält sichs hier mit der Gerechtigkeit?

Vorher aber muß dem Frager offenbar geworden sein, was denn eigentlich die Gerechtigkeit in der Rechtswissenschaft ist oder, noch allgemeiner gefaßt, worauf es denn überhaupt in der Jurisprudenz ankommt.

Der Erörterung des Problems der Gerechtigkeit innerhalb der Rechtswissenschaft gilt im wesentlichen der Hauptteil dieser Arbeit. Wenn ich hier betone, „innerhalb der Rechtswissenschaft“, so ist damit gesagt, daß ich nicht die metaphysische oder selbst nicht die ethische Seite des Problems behandle, sondern allein eben die rechtliche Seite. Darin scheint mir nun keine Beschränkung, vielmehr eher ein gewisses Verdienst zu liegen. Wir können uns ja nicht über Mangel an Rechtsphilosophien beklagen. Was sie aber samt und sonders so unfruchtbar macht, ist, daß sie im Grunde nichts als Moralphilosophien oder metaphysische Systeme sind und keinen juristischen Boden unter den Füßen haben. Dies ist gerade der so häufig garnicht verstandene Unterschied von Rechtsphilosophie und allgemeiner Rechtslehre, daß dort — ich möchte sagen — Außenseiter sprechen, während hier Juristen sich über das klar zu werden suchen, was ihnen auf der Seele brennt. Dies ist kein Streit zwischen „Theorie“ und „Praxis“, denn „Theorie“ ist ja schließlich auch die allgemeine Rechtslehre, sondern einer — wenn der Ausdruck erlaubt ist — zwischen praktischer und unpraktischer Theorie. Wirksam ist in Wissenschaft wie in Kunst nur das Bewältigte. Weil kein Philosoph das Recht bemeistert hat, darum sind alle bisherigen Rechtsphilosophien so

unfruchtbar gewesen. Nicht zum mindesten die „Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre" von Kant. Gewiß ist die metaphysische und ethische Behandlung der Prinzipien des Rechts gut und notwendig, aber den Kern solcher Untersuchungen hat doch immer die eigentlich juristische Betrachtung zu bilden. Ich muß hier stets an die Habilitationsschrift Hegels über den Umlauf der Planeten denken, in der philosophische Astronomie getrieben wird. Hegel behauptete, aus Vernunftsgründen könne zwischen Mars und Jupiter nicht noch ein weiterer Planet bestehen. Ein halbes Jahr vorher aber war bereits die Ceres entdeckt worden.

Man wird dabei zugeben müssen, daß die Rechtswissenschaft auf dem in Rede stehenden Gebiet ihre Schuldigkeit getan hat. Von Eduard Gans über Jhering bis zu Stammler ist man auf dem Posten gewesen, wenn auch oft in schlechter Uniform. Aber die Lehre von den Prinzipien des Rechts hat sich unseliger Weise zwischen zwei Stühle gesetzt: die Philosophen interessierten sich nicht für das Recht, die große Masse der Juristen nicht für die Prinzipien. Vom Publikum ganz zu schweigen. Erst neuerdings ist eine Juristengeneration heraufgekommen, aus der es größere Scharen zu den Gründen des Rechtes treibt.

Die ganze Generation heute ist, soweit sie überhaupt zählt, vielleicht sprungbereiter, lebenshungriger und sehnsüchtiger nach Erlebnissen als ehemals jede andere — nach geistigen Erlebnissen, da die körperlichen in der gewandelten Welt ihre Bedeutung verloren haben. Und in

dieser ungefestigten Zeit hält man sich an Altes, an etwas, das schon durch die Dauer seines Vorhandenseins eine gewisse abgeschlossene Kultur verbürgt. Daher die Ausgrabungen, das Suchen nach alter Dichtung, die Ausstellungen alter Kunst. Kein Wunder, daß auch die Rechtswissenschaft in diesen Kreis gezogen wird. Bei ihr handelt es sich zudem um ganz besondere Reize. Ihre Bildungen ragen nach tausend und mehr Jahren noch geschlossen in die Gegenwart hinein. Aber sie sind unterminiert und zudem erheben sich neben den alten Anlagen und mit diesen verbunden neue in Menge. Die ganze Masse aber macht einen seltsamen, bald starren, bald lebendigen, bald einheitlichen, bald zusammenhanglosen Eindruck. Und dann treten Beschauer heran und fragen: Wozu das alles?

Unbildlich gesprochen: die Rechtswissenschaft ist durchaus problematisch geworden. Das Problematische ist doch aber wohl das wahrhaft Lebendige. Und so wenden sich gerade Menschen der Rechtswissenschaft zu, die aus Raum und Weite daherkommen. Was im Wechselspiel die Rechtswissenschaft hierdurch wieder gewinnt, kann man ohne Mühe sich denken.

Aber eines muß doch besonders erwähnt werden. Die Männer, die gemeint sind, führten auf ihrem Wege zur Jurisprudenz ein Wissen der mannigfachsten Gebiete mit sich. Vor allem hatten Historik und Ökonomie ihren Blick geschärft. So jung nun auch die Ökonomie im Vergleich zur Jurisprudenz ist, sie hat früher als diese sich zum publizistischen Denken hingefunden. Ja, es läßt sich beinahe sagen, daß

es bis in die neueste Zeit der Fehler der Ökonomie war, daß sie nicht ab und zu privatwirtschaftlich dachte. Die Rechtswissenschaft jedoch hat bis vor kurzem nur Kammermusik gemacht, während das Orchesterspiel ihr fremd war. — Diese jungen Juristen nun, der Enge ungewohnt, das Unheimliche mehr liebend als das Heimliche, bemächtigten sich zunächst des öffentlichen Rechts. Und so nachdrücklich betonten sie besonders auch in der allgemeinen Rechtslehre, daß vom staatlichen Leben auszugehen sei, daß unter ihren Händen die allgemeine Rechtslehre sich beinahe zur allgemeinen Staatslehre wandelte, die allgemeine Staatslehre zugleich aber beinahe allgemeine Rechtslehre wurde. Solcher Art ist das so ungemein bezeichnende Buch Krabbes, an das weiterhin die hauptsächlichen Erörterungen angeknüpft werden.

In diesem Sinn möchte auch die folgende kurze Darlegung das Problem der Gerechtigkeit mitten hinein in das staatliche Leben stellen. Es ergibt sich, wenn man das Zentralproblem auf diese Weise betrachtet, ganz ungezwungen eine Erläuterung des Verhältnisses von Recht zu Staat. Es ist gut, wenn so auch einmal das Zivilistische publizistisch erscheint; lange genug haben wir das Umgekehrte ertragen müssen.

Das Problem des Juristen soll dabei im Nachstehenden nur gestreift werden. Es ist aber außerordentlich charakteristisch für die bisher meist beliebte Betrachtungsweise — von unten nach oben, statt von oben nach unten —, daß der Jurist selbst, der Mann, der doch alles be-

treibt, kein Gegenstand ernster Erwägungen wurde. So etwas überließ man dem Dichter. Konnte der Mensch überhaupt anders als gesegnet sein, der berufen war, die Gerechtigkeit auszuüben? Machte ihm sein Geschäft Kopfschmerzen, fühlte er sich zerquält und verbittert, so trug er eben allein die Schuld: er hatte einfach seinen Beruf verfehlt. Reden wir schon immer gern von Schuld, wenn wir sonst keine Erklärung wissen, so tun wir das am liebsten, wenn es sich um Leute handelt, die mit uns irgend eine Gemeinschaft haben.

Indem das zentrale Problem der Rechtswissenschaft so aus der Vogelperspektive betrachtet wird, erscheinen sofort auch Zusammenhänge, die man vordem nicht bemerkte. Es taucht insbesondere die Reihe der gleich anfangs genannten Probleme auf. Will man diese genau präzisieren, so hat man die Frage nach dem Urteil der Juristen über sich selbst (Was verlangen sie von sich? — Inwiefern halten sie ihr Verlangen für erfüllt?) von dem Urteil der Außenstehenden über die Juristen zu unterscheiden. Weiter ist dann zu fragen: Was kommt von diesen — lobenden oder tadelnden — Urteilen auf das Konto der Juristen, was auf dasjenige der Jurisprudenz, was aber greift überhaupt ins Leere? Aus der Lösung dieser hier nur vorbereiteten Probleme ergibt sich wiederum eine vertiefte Einsicht in die Stellung der Rechtswissenschaft im heutigen Leben. Indem nun aber aus allen diesen Einsichten Werturteile und damit Zielsetzungen entspringen, gewinnt die auf der allgemeinen Rechtslehre

erbaute Rechtswissenschaft gleichsam ein motorisches Element, das ihr sonst nur in einzelnen problematischen Fällen, nicht als Ganzes zu eigen war.

Anders gesprochen: Mit der Jurisprudenz verbindet sich die Politik. In seinem ofterwähnten Vortrage schreibt Kirchmann folgenden Satz: „Dies eben ist das Klägliche der Jurisprudenz, daß sie die Politik von sich aussondert, daß sie damit sich selbst für unfähig erklärt, den Stoff, den Gang der neuen Bildungen zu beherrschen oder auch nur zu leiten, während alle anderen Wissenschaften dies als ihren wesentlichsten Teil, als ihre höchste Aufgabe betrachten.“ Soweit sich diese Worte etwa auf die Juristen samt und sonders beziehen sollen, sind sie unrichtig; denn zu allen Zeiten gab es Juristen, die politisch dachten. Die Rechtswissenschaft im ganzen jedoch treffen diese Äußerungen. Erst in der Gegenwart scheint die lebendige Macht der Politik heftiger in die Jurisprudenz einzudringen. Damit aber wird auch die Politik als eine Sonderdisziplin gerade der Rechtswissenschaft in immer stärkerem Maße anerkannt. Denn während in allen anderen Wissenschaften die Politik nicht mehr ist als das reformerische Element, bedeutet sie schlechterdings eine wesentliche Äußerung der Rechtswissenschaft. Eine Wissenschaft nämlich, die das Leben zu regeln bestimmt ist, muß auch die Wandelbarkeit des Lebens in sich begreifen.

II.

Es verhält sich doch so, daß alle Wissenschaften und Künste im tiefsten Grunde zusammenhängen. Und zwar eint sie die Zeit, aus der sie entstammen. Die Rechtswissenschaft, so häufig als doktrinär und lebensfremd verspottet, hat doch stets mit den Strömungen der Zeit gleichen Schritt gehalten. Ja, sie hat sogar oftmals Werke hervorgebracht, die geradezu als die Inkarnation ihrer Zeit gelten können. Naturgemäß liegen solche Werke nicht auf dem Felde der Einzelforschung, sondern auf dem der Behandlung großer Prinzipienfragen. Als klassisches Beispiel eines juristischen Werkes, das eine ganze Epoche spiegelt, sei nur Jherings „Zweck im Recht“ genannt. Die Zeit der Akribie, der peinlich-kleinlichen Realistik, die doch so mächtig war in ihrem Verwurzeltsein mit der Erde, hat in dieser „Tatsachenjurisprudenz“ ihren vielleicht stärksten Ausdruck gefunden. Obwohl Jhering selbst die großen Fragen seiner Wissenschaft weit näher lagen, als monographisches Arbeiten, ist er doch der bedeutendste Anreger der auf Empirik beruhenden und sich gegen die gewohnte Scholastik richtenden Spezialwerke gewesen, die eine geraume Zeitlang die juristische Literatur fast ausschließlich beherrschten. War aber der römischrechtliche

Scholastizismus genau wie der naturrechtliche Scholastizismus schließlich immer die Verkörperung einer grandiosen Idee gewesen, so verlor allmählich die Tatsachenjurisprudenz ganz ihre Verbindung mit der Weltanschauung der Realistik, von der sie ihren Ausgang genommen hatte. Sie versank in ein unfruchtbares, von ermüdender Kasuistik ausgehendes Spezialistentum, das auf seine Art genau so schädlich war, wie die dogmatische Jurisprudenz.

Noch sind wir aus dieser Zeit nicht völlig heraus. Noch wird bei uns das Gesetz als melkende Kuh betrachtet, von der die Praxis und mehr noch die Theorie durch Interpretationskünste und Analogieschlüsse die schönste juristische Butter bezieht. Diese Jurisprudenz droht nun aber ein Sturmwind hinwegzufegen. An tausend Orten regt sich das Wehen. Zuerst war es Stammler, der in seiner Lehre von dem richtigen Rechte an die Stelle ängstlichen Spähens nach Präzedenzfällen, feigen Hinwegdisputierens von „Lücken im Recht", überhaupt gewaltsamer Konstruktion und Dialektik einen großen Maßstab setzte, der den unmittelbaren Erfordernissen des Lebens entnommen war. Indem für Stammler das richtige Recht identisch ist mit dem zweckmässigen Recht, erscheint die neue Lehre als eine Fortsetzung der Jheringschen, doch Stammler verfährt großzügiger als Jhering. Stärker als Jhering stellt er die Einzelzwecke auf einen Hauptzweck ein. Dieser Endzweck, nach dem sich die Einzelzwecke zu richten haben, ist die „Gemeinschaft frei wollender Menschen", für Stammler das „soziale Ideal". Nur insoweit das posi-

tive Recht dem Gedanken des sozialen Ideals entspricht, ist es „richtig“. Die Gegenseite der Stammlerschen Großzügigkeit bildet eine gewisse Verschwommenheit seiner Theorie. Hier ist wieder Jhering im Vorteil. Mit Fug hat v. Liszt neuerdings in seiner Zeitschrift (Bd. XXVII, 1) darauf hingewiesen, daß bei dem sozialen Ideal Stammlers von einem inhaltlich erfüllten letzten Zweck keine Rede ist, daß vielmehr der Maßstab Stammlers nur formalen Wert besitzt. Liszt will den Begriff der Entwicklung mit dem Begriff des richtigen Rechts verbinden und zwar so, daß in der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens das Kennzeichen des richtigen Rechts begründet liegt. Den Entwicklungsbegriff hier einzuführen, ist prinzipiell gewiß richtig. Ob aber damit bei der Unsicherheit, was im einzelnen Falle unter Entwicklung zu verstehen ist, die angestrebte Positivität erreicht wird, darf mindestens bezweifelt werden. Stammler hat jedenfalls früher und besonders scharf neuerdings (in der „Systematischen Rechtswissenschaft“) die Verknüpfung des Entwicklungsbegriffs mit dem richtigen Recht von sich gewiesen. Alles kreist dagegen um den Entwicklungsbegriff im Neuhegelianismus Kohlers. Er will durch eine reichliche Erfahrung die Gesetze der Weltentwicklung in der menschlichen Kultur kennen lernen (vgl. jetzt Kohlers „Moderne Rechtsprobleme“, 1907). Unter Entwicklung wird hier immer stillschweigend ständige Höherentwicklung verstanden. Gerade dies aber ist eine durchaus unbewiesene Voraussetzung. Wir wissen, daß

die Menschheit an Hirnassoziationen zunimmt, sie wird dadurch reizbarer, empfindlicher, aber — steigt sie damit? Hier ist der Einsatzpunkt des Glaubens.

Viel radikaler als Stammler geht eine andere Richtung in der Rechtswissenschaft vor, die in neuerer Zeit immer mehr an Boden gewinnt. Während die Lehre vom richtigen Recht nur eine Aussonderung des „guten" Rechts aus dem gesamten positiven Rechte bezweckt (Stammler ist in diesem Punkte allerdings nicht konsequent), beschäftigt sich die neue Lehre mit der Rechtsproduktion, die das gegebene Recht langsam umwandelt oder auch sich dem gegebenen Recht geradezu entgegenstellt. Radbruch ist durch einen vortrefflichen Aufsatz mit dem Titel „Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung" im Archiv für Sozialwissenschaft zum Wortführer dieser Richtung geworden. Nach ihr ist jede Rechtsinterpretation Rechtsschöpfung. Es gibt keinen Richterspruch, der nicht eine lex specialis schaffte. Dieser letzte Satz ist schon früher ähnlich verkündet worden; damals jedoch betrachtete man die lex specialis als einen Unterfall der lex generalis, in der schließlich das Spezialgesetz ohne Mühe untergebracht werden konnte. Heute aber soll das positive Recht lediglich der „Anhaltspunkt" für den Richter sein, der ihm ungefähr den Weg angibt, den er beschreiten muß. Wohin er seine einzelnen Schritte setzt, zeigt ihm das freie Recht, der Boden und die Korrektur des staatlichen Rechts. Da aber das freie Recht nicht mit Händen zu greifen ist, wird dem Richter Wegweiser im einzelnen immer

sein Rechtsgefühl. Hiermit ist dann glücklich das „Ideal“ Stammlers in soviele Ideale aufgelöst, als es Richter gibt. Man meint, es wirke einer gar zu unverwünschten Subjektivität die Mehrheit der Köpfe im Richterkollegium und der Instanzenzug entgegen. Doch selbst abgesehen davon, daß heut immer heftiger nicht gerade die Blindesten die Dezimierung der Kollegien und die Einschränkung des Instanzenzuges fordern, wird denn durch die angeführten Umstände die befürchtete Subjektivität und damit die Unsicherheit in der Rechtsprechung beseitigt? In den Kollegien gibt der Referent in der Regel den Ausschlag, im Instanzenzug würde künftig noch mehr als heute der Zufall obwalten. Noch mehr als heute erschiene die Anrufung der Justiz als Glücksspiel. Darauf wird später noch eingegangen werden. Hier sei nur bemerkt, daß auch im Rahmen älterer Überzeugungen dem Richter größere Freiheit eingeräumt werden kann. Dies vermag durch eine Ausgestaltung der bei uns ganz im Argen liegenden Gesetzestechnik zu geschehen. Mit dieser Materie hat sich wissenschaftlich fast nur Zitelmann beschäftigt. Heute ist das Gesetz entweder zu kasuistisch oder grob allgemein. Die Kasuistik erschöpft nicht die einzelnen Fälle, der zu allgemeinen Fassung gleitet überhaupt jeder Fall durch die Maschen. Es gilt, die richtige Mitte zu halten. Der Code Napoléon, aus dem heraus sich die fortschrittlichste Gesetzgebung entwickelt hat, ist zwar in manchen Teilen viel zu wenig spezialisiert, kann jedoch im Großen und Ganzen als Vorbild dienen. Durch eine Gesetzesfassung der angedeuteten

Art vermag sich der Richter seine volle Entscheidungsfreiheit zu wahren, ohne daß doch seine Entscheidung die festen Richtlinien verläßt, die der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit gezogen hat. Auf diese Weise vermag sich, beruhend auf Präzedenzfällen, eine bestimmte Praxis zu bilden, ohne daß doch bei besonders gearteten Fällen — z. B. wenn es sich um den Schutz bemerkenswerter Interessen handelt — der Präzedenzfall zu einer unerträglichen Fessel für den Richter wird. Das Gesetz wird zur Gesetzmäßigkeit, es tritt gleichsam eine Rhythmisierung des Rechts ein, die aber doch nicht ausschließt, daß gelegentlich ein anderes Maß zur Geltung kommt.

Schließlich sei hier der neuesten Bewegung in der deutschen Jurisprudenz gedacht, die zunächst garnichts mit einer Überwindung dialektischer Rechtswissenschaft, vielmehr lediglich mit einer Reform der Gerichtsverfassung zu tun zu haben scheint. Ich spreche von der „durchgreifenden Justizreform“ nach englischem Muster, die von Adickes u. a. vertreten worden ist. Dagegen läßt sich ja gewiß hinreichend viel einwenden. Sehr bald, nachdem Adickes mit seinen Vorschlägen gekommen war, hat Gerichtsassessor v. Lewinski trefflich gegen ihn polemisiert und in neuester Zeit ist es besonders Koellreutter (in „Richter und Master“), der die Unmöglichkeit, die deutsche Gerichtsverfassung und den deutschen Prozeß mit den englischen Zuständen zu vergleichen, einleuchtend dargelegt hat. Vor allem überzeugt Koellreutter davon, daß nur scheinbar in England eine Minderzahl von Richtern

vorhanden ist, da Anwaltschaft und Hilfsrichter, die ganz anders als bei uns in das Verfahren eingreifen, dabei nicht berücksichtigt werden. Gleichviel jedoch — mögen die einzelnen Argumente der Bewegung noch so schlecht fundiert sein, ihr Grundgedanke ist richtig, nämlich, daß wir Persönlichkeiten als Richter brauchen, Menschen, die mehr sind, als nur pflichttreue Beamte, und daß wir diesen Personen durch würdiges Gehalt die entsprechende soziale Stellung anweisen müssen. Da solche Menschen in großer Menge aber nicht zu finden sind und solches Gehalt auch nicht für Tausende bezahlt werden kann, muß eine Verminderung des Richterpersonals vorgenommen werden. Es ist nun, soweit ich sehe, bisher nur einmal beiläufig von Richard Schmidt bemerkt worden, daß der Vorschlag von Adickes nichts anderes als das Korrelat der freirechtlichen Bewegung bedeutet. Ein Richter, dessen Rechtsgefühl so ausschlaggebend wird, kann nur ein Mensch sein, der den heutigen Durchschnittsrichter wesentlich überragt. So sind die Tendenzen der freirechtlichen Bewegung mit der nach einem hervorragenden Richterstand aufs engste verknüpft, und auch die durchgreifende Justizreform begreift in sich die Säuberung der Rechtsprechung von allen dialektischen Bestandteilen. In der Tat verlangt ja auch Fuchs „Richterkönige" zusammen mit „soziologischer" an Stelle der heutigen „philologischen" Rechtsprechung.

Interessant ist es nun, den Zusammenhang all dieser mächtigen Strömungen in der heutigen Jurisprudenz mit den Ideen der Zeit zu erkennen. Weil der Künstler der sensibleste Mensch ist,

spiegelt ja die Kunst die Zeitideen am schnellsten ab; es erscheint aber bemerkenswert, wie schnell gerade die Jurisprudenz der Kunst zu folgen versteht. Dies deutet auf eine innere Verwandtschaft, die auch durch die oft hervorgehobene und so wenig verstandene Tatsache bestätigt wird, daß es eine große Anzahl Menschen gegeben hat, die Jurist und Künstler in einer Person waren. Dies ist mehr als ein Zufall und mehr als eine Brotfrage. Den Künstler bezeichnet nicht der Stoff, sondern dessen Ausgestaltung, Ausformung. Diese Bedeutung des formenden Elements findet sich aber genau so in der Jurisprudenz: auch der Rechtsstoff ist nur eine tote Masse, solange ihn nicht der Jurist in Rechtsnormen umzuprägen versteht. Und die Analogie geht noch weiter. Vergräbt sich der Künstler in das Formale, gestaltet er nicht mit der Seele, sondern mit dem klügelnden Verstande, der seine Freude an sprachlichen Kunststückchen und verschrobenen Reimworten hat, so ist er nur ein kalter Kunsthandwerker, der uns frösteln macht und nicht erwärmt. Und hat der Jurist seine Lust an kunstvoll verzwickten Paragraphen und abstrakten logischen Schlüssen, ohne mit dem Leben zu fühlen, dem er doch dienen soll, so ist auch er nur ein Handwerker, ein dürrer Geselle, den man aus seiner Schreibstube überhaupt nicht mehr herauslassen sollte. Solche dialektische Jurisprudenz ist wirklich nur Technik, wie man bös verallgemeinernd oft die ganze Rechtswissenschaft genannt hat. Die Wissenschaft vom Recht aber ist mehr als ein Durcheinanderwirbeln gekünstelter Normen, sie be-

deutet, wie jede Wissenschaft, Erkenntnis und Verwertung der im Leben wirkenden Kräfte und wird darüber hinaus zur Kunst, da es gilt, diese Kräfte in Formen zu fassen.

Hängen auch, wie eingangs erwähnt, alle Wissenschaften und Künste der gleichen Zeit zusammen, so wird es doch nach dem Gesagten nicht Wunder nehmen, daß Rechtswissenschaft und Kunst in dem großen Komplex eine besonders eng verbundene Gruppe bilden. Auch die moderne antidialektische Bewegung in der Jurisprudenz marschiert genau in derselben Richtung, in der sich unsere heutige Kunst bewegt. An den Verfall der Jheringschen Tatsachenjurisprudenz erinnert der Verfall des platt und spielerisch gewordenen Realismus in den siebziger Jahren. Um das wirkliche Leben zu erforschen, wurde man, wie in der Kunst, so auch in der kodifizierenden Jurisprudenz des bürgerlichen Gesetzbuches „naturalistisch". Und der in nüchternste Alltäglichkeit versunkene Naturalismus hat dann wieder eine Kunst und eine Rechtswissenschaft zur Folge gehabt, die den großen dunklen Fragen des Menschengeschlechts ihre Hingabe schenkten. Eine neue „idealistische" Periode begann, die aber durchtränkt ist mit den naturalistischen Errungenschaften der Vergangenheit. Wie der Naturalismus, der das Volk aufsuchte, starken demokratischen Charakter besaß, so hat auch der Idealismus von heute ein demokratisches Wesen. Der demokratische Gedanke wiederum hängt zusammen mit dem kulturellen und wirtschaftlichen Erstarken immer weiterer Teile des Volkes. Die idealistische

Seite des demokratischen Idealismus der Gegenwart äußert sich besonders in einem fast bedingungslosen Glauben an Macht und Kraft des Volkes, d. h. der großen Masse im Gegensatz zu den Führenden, den Regierenden. In der schroffsten Form fällt dieser Glaube mit dem an den sozialistischen Staat, die Produktionsmittelgemeinschaft, zusammen; in gelinderer Form spielt er mit dem Gedanken an die Volkssouveränität; tritt er noch gelinder auf, so betrachtet er das „Volk“ als das eigentliche Agens, die Regierenden nur als die Geschobenen.

Ganz merkwürdig und höchst charakteristisch für die menschliche Seele ist nun aber, wie sich aus dem Kultus des Volkes sofort der Kultus des Einzelnen aus diesem Volke entwickelt. Die Masse wird niemals den Begriff der juristischen Person, überhaupt die Zurückführung einer Gemeinschaft auf einen Generalnenner, verstehen, weil sie immer in höchstem Maße konkret denkt. So ist dem Durchschnittskopf das Volk die Summe der vielen Einzelnen, und weil ihm das Volk bedeutsam erscheint, kommt ihm auch jeder Einzelne aus dem Volk bedeutsam vor. Sobald aber seine Aufmerksamkeit auf die Einzelnen gerichtet ist, tauchen auch gleich die Markanteren von ihnen aus dem Gewimmel heraus. Für den einfachen Mann sind es zunächst seine politischen Führer, diejenigen, die besonders eifrig sein Interesse verfechten, denen er besondere Fähigkeiten zuspricht. Wer nur zu einer wenig größeren inneren Freiheit gelangt ist, sieht daneben auch andere, die ihm Achtung abnötigen, und so besteht denn fröhlich neben dem Demo-

kratismus die Verehrung der Auserwählten fort. Wozu aber die Masse des Volkes mehr unbewußt geführt wird, dazu bekennen sich die Besten bewußtermaßen. Weil sie die Kraft des Geistigen spüren, wissen sie um den Wert der Persönlichkeit. Und sie halten an ihrer Wissenschaft gerade in einem Zeitalter fest, das dem Aristokratismus frostig gegenübersteht. Aber in diese Liebhaber der Persönlichkeit ist doch genug von dem demokratischen Fluidum geströmt. Der Begriff der herrschenden Geschlechter scheint ihnen antiquiert, sie billigen jeder Seele das Recht auf Herrschaft zu, die in ernstem Ringen wirkliche Bedeutung gewonnen hat. Volkswirtschaftlich gesprochen: mit dem Aristokratismus verbindet sich das Prinzip der freien Konkurrenz. Im ganzen entsteht so in kleinen Kreisen ein Liberalismus, der diesen Namen mehr in bezug auf das Menschliche und Moralische verdient, im eigentlich Politischen jedoch sich an Parteien nicht hängt. Dieser Liberalismus, den man auch den Rechtfertigungsgrund einer nichtparlamentarischen Regierung nennen könnte, wirkt im Gegensatz zum materiell interessierten Parteifanatismus, trotz seiner individualistischen Färbung, zentripetal. Vielleicht muß man überhaupt im Grunde ein solcher Antipolitiker sein, um gute Politik machen zu können.

Von den neuen Lehren der Jurisprudenz, die hier erörtert wurden, haben die des richtigen Rechts und die des freien Rechts wesentlich demokratischen Charakter. Sie betonen das Recht, das sich aus der Mitte des Volkes herausbildet, gegenüber einem von oben dekretierten,

vielleicht einmal „richtig“, vielleicht niemals „richtig“ gewesenen Recht. Die von Adickes befürwortete Justizreform fügt in diese Lehren den aristokratischen Einschlag. Nur die große Persönlichkeit darf richtiges Recht zur Geltung bringen, nur der Mensch, der das richtige Recht wirklich erkennen kann. Dessen Autorität aber ist möglichst wenig zu beschränken, sei es durch ihm übergeordnete Instanzen, sei es durch ihm nebengeordnete Beisitzer. Autorität, nicht Majorität.

Dennoch soll nach allen bisher genannten Prinzipien der Richter stets „im großen und ganzen“ an das Gesetz gebunden sein. Stammler sagt geradezu, daß niemand ein gerechter Richter zu sein vermag, dem nicht gesetztes Recht als Unterlage des Tatbestandes geboten wird. Die Aufgabe des Richters besteht darin, das gesetzte Recht richtig zu bearbeiten. Auch die gemäßigten Anhänger der freirechtlichen Bewegung wollen doch nur, daß der Richter freier als heute mit dem positiven Recht schaltet, ohne dabei den Boden des positiven Rechts zu verlassen. „Lücken im Recht“ sollen zwar nicht, wie das heute geschieht, glattweg geleugnet, sondern sollen aus dem freien Recht ergänzt werden, aber dies hat doch immer in der Linie des gesetzten Rechts zu geschehen. Der Richter hat weiter zu sehen als er heute sieht, aber er hat nicht anders zu sehen. Auch Adickes teilt diese Meinung.

Erst einem fanatischen Anhänger der freirechtlichen Bewegung, „Gnaeus Flavius“ (Dr. H. U. Kantorowicz), war es vorbehalten, die äußersten Konsequenzen der Lehre zu ziehen. („Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ 1906). Ihm ist der

individuelle Faktor beim Richter alles. Nach ihm wird die Meinung sich durchsetzen müssen, daß auch über Rechtsfragen so wenig ein übereinstimmendes Urteil aller verlangt und erwartet werden darf, wie jemand gegen seine Meinung genötigt werden kann und darf, eine Handlung als gut, ein Kunstwerk als schön anzuerkennen. Hier also steht Richtermacht gegen Gesetz. Alles Recht wird eine Frage der Richtermacht und damit überhaupt eine Frage der Macht. Und so versinkt schließlich richtiges Recht wie freies Recht und übrig bleibt allein ein starker richtender Mensch. Diese Menschenallmacht aber führt auf kürzestem Wege zur Staatsallmacht zurück, die man gerade vermeiden wollte. Denn ist es schließlich nicht immer noch besser, daß ein Staat, die Verkörperung einer Gesamtheit, uns tyrannische Regeln auferlegt, als daß ein Einzelner dies tut?

Doch es gibt noch ein Drittes. Zur Allmacht des Einzelnen und zu der sogenannten Allmacht des Staats tritt die Allmacht des Rechts. Die „ewigen Menschenrechte“ erscheinen, das Naturrecht, das ein für allemal über dem Recht des Staates thront, verlangt Einlaß. Das alte Naturrecht der Aufklärungszeit stellte die Begriffe Staatsmacht und Rechtsmacht unvermittelt nebeneinander, im Staat verschaffte sich die Gewalt, im Recht die Freiheit Geltung. Das Recht des Staats war im wesentlichen nur Gewaltpolitik, das eigentliche Recht lag gänzlich außerhalb. Die neue Lehre knüpft die Staatsgewalt unmittelbar an die Rechtsgewalt und erklärt somit, daß jede Staatsgewalt Rechtsgewalt ist oder

wenigstens sein sollte. Es gibt kein Recht von Staats wegen, sondern nur von Rechts wegen. Erst jetzt thront das Naturrecht nicht mehr, sondern herrscht. Anders gesagt: Aus dem abstrakten Naturrecht ist — um das Kirchmannsche Wort zu gebrauchen — ein natürliches Recht geworden.

Der Ausgangspunkt dieser Theorie liegt in dem fundamentalen Problem der Rechtsgebundenheit des Staats. Man fragt, ob das Recht eine unabhängige Gültigkeit dem Staate gegenüber besitzen kann, da doch der souveräne Staat das Recht selbst erst bildet. Wenn es wirklich wahr ist, daß jede Macht sich vom Staate herleitet, so liegt auch das Recht in Banden des Staats. Es gibt also zwischen Staat und Bürgern überhaupt keine Rechtsverhältnisse, sondern lediglich Machtverhältnisse. Der Staat ist an das Recht, weil er es selbst gesetzt hat, nicht gebunden. — Das Aushilfsmittel der subjektiven öffentlichen Rechte, das man hier viel gebraucht hat, rührt doch nicht an das Zentrum des Problems. Denn es kann wohl sein, daß ich heute positive Rechte gegen den Staat habe, und daß mir morgen der Staat, kraft seiner autoritären Souveränität, diese Rechte einfach nimmt. Die vorhin erwähnte Lehre erklärt aber darüber hinaus schlechthin *jede* Vermittlung für unsinnig: entweder sei das Recht nichts und der Staat alles, dann gelte die Staatssouveränität, oder aber, jede Gewalt, die in der Gesellschaft herrsche, sei einzig und allein Rechtsgewalt, dann müsse man die Lehre von der Rechtssouveränität annehmen. Man sieht, daß hier der Begriff Souveränität in

seiner allerschärfsten Bodinschen Ausprägung auf ein ganz neues Objekt bezogen und damit zugleich von Staatsrecht und von Staatslehre übertragen wird auf die allgemeinsten Prinzipien.

Das Buch, in dem dies geschieht, ist eines der fesselndsten juristischen Bücher, die ich kenne. Sein Titel lautet: „Die Lehre von der Rechtssouveränität, Beitrag zur Staatslehre"; sein Verfasser: H. Krabbe, Professor des Staatsrechts an der Universität Groningen (Groningen 1906. In deutscher Sprache). Die Schrift bildet, wie jedes bedeutende Werk, mehr als eine Lehre — eine Weltanschauung. Es lebt in ihr eine verhaltene Leidenschaft, die ähnlich in der Rechtswissenschaft nur etwa bei Jhering anzutreffen ist. Immer wieder erklärt der Verfasser, sein Problem sei juristisch und nur juristisch, und doch hat ihm offenbar vor allem eine ethische Absicht die Feder geführt. Er kann sich nicht denken, daß auf die Dauer etwas bestehen soll, das höher ist als das Recht. Wie ein Mensch des achtzehnten Jahrhunderts ist er eingenommen von den Idealen der Humanität, und zugleich findet sich der demokratische Idealismus der Gegenwart, von dem vorhin die Rede war, nirgends reiner als hier. Beinahe monomanisch betont Krabbe alle paar Seiten, daß nur im Recht, dessen Herrschaft sich gleichmäßig über die ganze Menschheit erstrecke, der einzige wirkliche Gewaltstitel begründet sei. Und doch wird man nicht etwa sagen dürfen, daß der Verfasser sich ein System aus der bloßen Tiefe des Gemüts zusammenphantasiert habe, vielmehr setzt er sich mit der bisherigen Staatslehre aufs gründlichste auseinander.

Wenn sich nun aber die Staatssouveränität zu einem Begriff ohne Inhalt verflüchtigt und allein die Rechtssouveränität als das maßgebende Prinzip in Betracht kommt — worin liegt dann überhaupt die Staatsgewalt oder, anders gesagt, was bleibt von der bisher angenommenen Souveränität der einzelnen Staaten übrig? Man erkennt, daß diese Frage grundlegende Bedeutung hat in bezug auf das Verhältnis der Staaten untereinander und in bezug auf das Verhältnis des einzelnen Staates zu den in ihm wirkenden öffentlich-rechtlichen Verbänden. Die Antwort, die Krabbe hier gibt, ist außerordentlich einfach. Zwischen Staat und irgend einer öffentlich-rechtlichen Person besteht in Wahrheit kein absoluter, vielmehr nur ein relativer Unterschied. Recht ist ein Wertverhältnis. Als Subjekt des Rechtswertes, als Maßstab, mit dem der Rechtswert der Interessen zu schätzen ist, kann der Gemeinschaftszweck — Förderung des sozialen Wohls — bezeichnet werden. Im Staate erhält der Gemeinschaftszweck rechtspersönliches Leben. Doch weder ist der Staat durchaus notwendig für den Gemeinschaftszweck, noch liegt im heutigen Staat allein der Gemeinschaftszweck beschlossen. Neben dem Staat hat jede öffentlich-rechtliche Person den Gemeinschaftszweck insoweit zu verwirklichen, als ihre Kompetenz dazu aus dem Recht abgeleitet werden kann. Der Staat hat nur eine Kompetenz wie alle übrigen öffentlich-rechtlichen Personen. Einzig durch die Erfüllung und in der Erfüllung dieser ihm obliegenden Aufgabe ist der Staat Person, wie jede andere juristische Persönlichkeit (die juristi-

sche Persönlichkeit also als Zweckpersönlichkeit konstruiert!).

Während aber bei den übrigen Rechtspersonen der Zweck in der Hauptsache eine „Genußrealisierung" darstellt, d. h. Befriedigung eines Bedürfnisses, und erst als Folge davon „Rechtsrealisierung", d. h. Abschätzung in Mitleidenschaft gezogener rechtlicher Interessen, in Frage kommt, liegt nach Krabbe das Verhältnis beim Staat gerade umgekehrt. Die Rechtsrealisierung ist hier der primäre, die Genußrealisierung der sekundäre Zweck. Der Staat hat also unter allen Umständen für das Recht zu sorgen, während er sanitäre Anlagen, Bauten, Betriebe usw. nur bei vorliegender Notwendigkeit errichten wird. Der Gesetzgeber ist das Organ der Rechtsverwirklichung, die Regierung das der Genußverwirklichung. Da die Genußverwirklichung Rechtsbildung ausschließt, ist also diese Funktion des Staates in jedem Falle durch das Recht gebunden. Und auch der sogenannte Gesetzgeber ist bei Licht besehen nicht Rechtsmacher, sondern nur Rechtsdeuter.

Es sei hier gleich bemerkt, daß der eben dargestellte Gedankengang Krabbes in sich widerspruchsvoll ist; öffentlichrechtliche Verbände, wie Kreise, Provinzen usw., sollen einmal mit dem Staate wesensgleich sein, dann aber wird wieder gesagt, der Gemeinschaftszweck äußere sich in allen übrigen Rechtspersonen anders als im Staat. Und das Letzte ist richtig. Nimmt man die Teilung: Genußverwirklichung und Rechtsverwirklichung an, so haben jedenfalls im Unterschied zum Staat die

Provinzen und Kreise zunächst für die Genußverwirklichung zu sorgen, sie haben zunächst nicht gesetzgeberische, sondern Regierungsfunktion. Da man aber wiederum zugeben muß, daß im Bundesstaat die Einzelstaaten vorerst gesetzgeberische und dann erst Regierungsfunktion haben, so ist es doch nicht so gleichgültig, wie man nach Krabbe annehmen könnte, ob der Bundesstaat oder die Einzelstaaten als „Staaten" betrachtet werden oder nicht. Krabbe meint, das Recht habe der Gemeinschaft — dem Bundesstaat — einfach eine bestimmte Kompetenz verliehen, den Einzelstaaten bestimmte Kompetenzen belassen. Wenn nun aber doch die Einzelstaaten etwas anderes sind als Provinzen, Kreise usw. — worin besteht dann dieses Andere? Man sieht, die Frage der Souveränität der Einzelstaaten im Bundesstaat wird auf Krabbes bequeme Weise nicht erledigt. Eher vermag man es noch zu verstehen, daß Krabbe auf Grund seiner Unterscheidung der Staatsaufgabe der Genußverwirklichung von der Staatsaufgabe der Rechtsverwirklichung erklären kann, die sogenannte Gewaltenteilung sei die „natürlichste Sache von der Welt": eine einfache Kompetenzbestimmung der Gliederung der öffentlichrechtlichen Personen.

Der Staat ist also nach Krabbe nichts weiter als ein öffentlichrechtlicher Verband, mit dem Zweck, für einen gewissen Teil der Menschheit das soziale Wohl zu fördern. Die Kompetenz des Staates ist aber nicht nur relativ gering, sondern sie wird durch das immer stärkere Anwachsen des internationalen Rechts, das Hand in Hand geht mit dem Wachstum der Mensch-

heitsinteressen, sogar mehr und mehr verkümmert. Der Verwirklichung des Zwecks der großen Gemeinschaft der Kulturvölker sind jedenfalls die Zwecke der darin enthaltenen kleineren Gemeinschaften untergeordnet.

Auch die prinzipielle Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht fällt nach der Lehre der Rechtssouveränität fort. Da der Staat keinen absoluten Mehrwert hat, vielmehr die Interessen des Staates gegenüber anderen Interessen nur so weit gelten, als ihr Rechtswert anerkannt ist, wird auch die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht oder die Überordnung des öffentlichen Rechts über das Privatrecht illusorisch. Daß sich der Unterschied überhaupt herausgebildet hat, ist nach Krabbe historisch zu erklären: Auf dem europäischen Kontinent war seit der Rezeption das öffentliche Recht obrigkeitlich gesetztes Recht, beim Privatrecht — gemeinen — Recht aber war von einer Rechtsproduktion nicht die Rede. Auch schon früher, besonders während der Herrschaft der Karolinger, habe ein prinzipieller Gegensatz zwischen Volks- und Königsrecht bestanden. Nach dem Verfasser haben wir hier allerorten die Gegenüberstellung von Recht als Ausfluß des Rechtsbewußtseins und Recht als Obrigkeitsbefehl. Doch in England, wo schon sehr früh im Parlament ein Organ entstanden sei, das für alle Interessen, öffentliche sowohl wie bürgerliche, die Rechtsproduktion besorgte, habe die Vorstellung, daß es zweierlei Recht gäbe, garnicht aufkommen können; dort sei also schon seit Jahrhunderten Rechtsgewalt mit Obrig-

keitsgewalt verschmolzen. Die vollständige Erkenntnis besteht nach Krabbe freilich erst in der Einsicht, daß nicht in einem persönlichen Befehlsrecht die Gewalt wurzele, sondern daß die Gewalt unpersönlicher Natur sei, den Rechtsnormen, eben weil sie Rechtsnormen sind, eigentümlich; diese Theorie aber ist erst das Ergebnis höherer Kultur, setzt die Fähigkeit abstrakten Denkens voraus. Sie ist demnach das Privilegium der Neuzeit. Im Ganzen: das Recht übt als eine aus eigener Kraft geltende Gewalt Herrschaft aus und zwar, weil es den Zweck der Gemeinschaft realisiert: die Entwicklung eines geistigen Lebens, das höhere Interessen verfolgt als die individuellen Interessen. Und ferner: was Krabbe selbst nicht ausdrücklich erwähnt, was aber aus seinen Ausführungen hervorgeht: das Dogma von der Geschlossenheit des staatlichen Rechtssystems wird zum Dogma von der Geschlossenheit des natürlichen Rechtssystems.

Man wird auf jeden Fall den Gedankenbau Krabbes bewundern müssen, besonders auch weil in diesem Bau ohne allzu sichtbaren Zwang mannigfache Rechtsprobleme von großer Schwierigkeit Platz finden. Dazu gehört, wie aus dem Gesagten deutlich hervorgeht, das Problem des Völkerrechts. Als Kardinalpunkt, ob eine Rechtstheorie beachtenswert ist oder nicht, erscheint mir immer die Art, wie sie sich mit dem ungeheuer schweren Problem des Völkerrechts abfindet. Auch ein zweites Problem läßt sich offenbar nach der Theorie des Verfassers mit einer gewissen Leichtigkeit lösen: das des Gewohnheitsrechts. Das Recht wird nicht gemacht,

sondern bezeugt. Alle Staatsorgane, die sich an der Rechtsproduktion beteiligen, üben damit kein Befehlsrecht aus, sondern sie bezeugen lediglich den Rechtswert von Zwecken und Interessen. Wann und wie aus ihren Zeugnissen die Rechtsnorm geboren wird, bestimmt wiederum die Rechtsordnung selbst. Die Aussagen gelten kraft der Rechtsordnung als Rechtsaussagen, und das aus diesen Zeugnissen hervorgegangene Recht verdankt seine Gewalt nicht den Personen, die zu seiner Feststellung mitwirkten, sondern einzig und allein dem Umstande, daß es eben Recht ist. Da das einmal festgestellte Recht aus eigener Kraft gilt, herrscht nun die Rechtsnorm auch über alle Organe, die bei der Rechtsproduktion tätig waren. Diese unpersönliche, vom Staate unabhängige Gewalt des Rechts bricht sich aber gerade auch im Gewohnheitsrechte Bahn. Das Urteil über den Rechtswert wird hier aus dem Herkommen der Volksgenossen abgelesen. Es ist klar, daß nach Krabbes Theorie auch niemals ein Rechtsvakuum entstehen kann, selbst dann nicht, wenn die Rechtskontinuität der Staatsorgane unterbrochen wird.

Wenn wir nun über das bisher Gesagte hinaus zu einer eingehenden Kritik der Krabbeschen Lehre kommen wollen, so ist vorweg zu bemerken, daß es trotz alles Fesselnden diesem System am Letzten fehlt.

Als eine sehr feine Antithese ist mir immer der Stammlersche Satz erschienen, daß nicht ein Recht der Natur, wie es die alte naturrechtliche Schule wollte, begründet werden könne,

wohl aber eine Darlegung methodischer Grundsätze, gegeben mit der Natur des Rechts. Dies ist es: in einer Untersuchung, wo es sich um die äußersten Fragen des Rechts handelt, muß doch erst einmal Klarheit darüber gewonnen werden, was denn eigentlich unter Recht zu verstehen ist. Wir wollen ja dabei nicht scholastisch über Begriffe streiten, sondern wollen uns nominalistisch über Begriffe einigen. So weit ist Krabbe nicht gegangen. Ihm genügte es, festzustellen: Es gibt ein Recht, und nur das Recht begründet eine Gehorsamspflicht. Auf diese Art aber wird nur eine neue Mystik anstelle einer alten gesetzt. Schon der Umstand, daß tatsächlich Jahrtausende hindurch ein Obrigkeitsrecht bestand, das neben dem Volksrecht gelagert war, das das Volksrecht ergänzte oder das sogar gegen das Volksrecht sich wandte, wird von dem Glauben zurückhalten müssen, als ob damals die Staatsgewalt nichts als eine Machtposition inne hatte. Oder soll etwa jedes nurstaatliche Recht gar kein eigentliches Recht sein? Selbst wenn man behauptet, dasjenige Obrigkeitsrecht schaffe Unbilligkeit, das sich gegen Volksrecht kehrt, wird man doch dem Obrigkeitsrecht den Rechtscharakter nicht schlechtweg absprechen dürfen. Wenn es lediglich darauf ankommt, daß im Volke bestimmte Normen wurzeln, warum sind dann nicht die Moralnormen durchaus rechtsverbindlich? Hier liegt der springende Punkt, wie überhaupt das Wesen des Rechts nur erkannt werden kann, wenn man die Moral daneben stellt. Moral und Recht haben gewisse Ingredienzien gemeinsam, sind

aber im Ganzen völlig verschieden. Der Ausspruch vom Rechte, als dem ethischen Minimum, ist nicht zu halten. Das Recht nämlich erteilt sowohl Verbote wie Gebote, die garnichts mit der Ethik zu tun haben, als auch solche, die geradezu gegen die Ethik sind. Das Kriterium der Moral ist der seelische Anstand, das des Rechts die staatliche Sicherheit. Dabei aber darf man ruhig den allgemeinen Zwangscharakter des Rechts aufgeben: will man die äußere Erzwingbarkeit als Eigenschaft aller Rechtsnormen behaupten, so setzt man sich mit den Tatsachen in Widerspruch. Das Recht hat zum Zweck Sicherheit des Staats und der Staatsangehörigen, es befiehlt, um diesen Zweck zu erreichen, aber es setzt nicht in allen Fällen Zwang neben den Befehl. Das Recht äußert sich in autoritären Normen staatlichen Charakters, weiter darf man allgemein nichts sagen. Weil nun aber bei jedem Rechtssatz der Staat in seinem Dasein und seiner Gliederung in Frage steht, hat jeder Rechtssatz auch den Charakter einer staatlichen Norm. Es gibt kein positives Recht außerhalb des Staats.

Was wir oben „natürliches Recht" zum Unterschied vom Naturrecht genannt haben, bildet freilich stets die Grundlage des positiven Rechts. Aber doch nicht mehr als die Grundlage. Man muß hier unterscheiden zwischen Gesetz und Rechtsprechung. Handeln wir zunächst von den allgemeinen Grundlagen der Rechtsprechung — auf die seelische Begründung der Richtertätigkeit wird später eingegangen werden —, so führt sicher der Richter mit jedem Urteilsspruch das positive Recht weiter: die Moleküle gleich-

sam dieser Weiterführung entnimmt er dem natürlichen Recht, also den rechtlichen Überzeugungen der augenblicklichen Kultur. Aber erst, indem er, ein staatliches Organ, das zum Richten berufen ist, das natürliche Recht aufnimmt, wird es zum positiven Recht, zum Recht im eigentlichen Sinne des Wortes. Auch das Gewohnheitsrecht darf man nicht als Widerlegung des Gesagten ansehen. Hier ist das natürliche Recht so intensiv geworden, daß es geradezu verlangen kann, zum positiven Recht zu werden. Doch erst indem der Staat es wirklich zuläßt, wird es zum Recht im eigentlichen Sinne, erst mit dem Richterspruch, der das Gewohnheitsrecht berücksichtigt, erlangt es wirklich rechtliche Geltung. Von diesem Augenblick an hat es staatlichen Charakter, wie jedes andere obrigkeitliche Recht. Und das Interessante: ist das natürliche Recht vor der staatlichen Zulassung besonders stark, so tritt es immer schon auf, als ob es staatlichen Charakter hätte. Das Volk achtet es, weil es glaubt, es sei wirklich gesetztes Recht. Nur durch diesen Charakter, als ob es staatliches Recht sei, hat das noch nicht zugelassene Gewohnheitsrecht überhaupt, wie jedes Recht, die Macht, sich durchzuringen. Hier ist der scharfe Unterschied von der Moral.

Der Staat hat also das Monopol in der Rechtsproduktion, aber er darf dieses Monopol genau so wenig schrankenlos gebrauchen, wie unsere heutigen Kartelle das ihre: das Volk, oder besser, die im Volke vorhandenen Ergebnisse der Kultur schreiben ihm den Weg vor. Die Recht produ-

zierende Staatsgewalt, — wohlgemerkt diese, nicht (ich beziehe mich auf das schon Gesagte) der Richter — kann rechts und links vom Wege abweichen, muß aber im ganzen die Richtung einhalten. Je stärker die persönliche Souveränität des Herrschers ausgeprägt ist, desto heftiger werden die Abirrungen sein und so hat sich denn, wie erwähnt, zu Zeiten das Obrigkeitsrecht geradezu dem „Volksrecht" gegenübergestellt. Je mehr aber die sachliche Souveränität des Staats an die Stelle der persönlichen des Herrschers tritt, desto seltener werden größere Irrwege. Auch die Produktion von Völkerrecht geht in bestimmten Bahnen und ist nicht etwa in das Belieben der einzelnen Staaten gestellt. Der moderne Verkehr, überhaupt die moderne Wirtschaft, führen zur Völkerrechtsgemeinschaft. Das Völkerrecht ist nicht Recht, das über den Staaten steht, sondern, ebenso wie jedes andere Recht, von den Staaten gemacht, aber auch, wie jedes andere Recht, nur halb freiwillig.

Aus alledem findet nun das Problem der Rechtsgebundenheit des Staats seine Lösung. Jellinek erklärt, daß der Staat durch die Rechtsschöpfung sich gegen seine Untertanen zur Anwendung und Wahrung dieses Rechts verpflichte, mit der Rechtsproduktion gehe also eine Selbstbeschränkung des Staats Hand in Hand. Krabbe greift diese Theorie mit den Klöppelschen Worten an, es unterliege die Staatsgewalt hiernach nur einer sittlichen Selbstbeschränkung, eine rechtliche Selbstbeschränkung sei ein Widerspruch in sich, da sich das Recht von der Sittlichkeit eben darin unterscheide, daß es dem rechtlich

Gebundenen als eine gegenständliche Macht gegenübertritt. Wenn nun auch hier der Unterschied von Recht und Sittlichkeit nicht scharf genug gefaßt ist, so läßt sich doch dem Klöppelschen Gedankengang die Folgerichtigkeit nicht absprechen. Nur indem man die positive staatliche Norm als von den rechtlichen Überzeugungen der Kultur eingegeben, nicht als rücksichtslos von der Macht diktiert betrachtet, wird man eine wirklich juristische Gebundenheit des Staates feststellen können. Denn falls es richtig ist, daß unser positives Recht auf dem natürlichen beruht, so ist der gesamte Bau erst abgetragen, wenn auch das Fundament abgetragen ist. Fällt eine Regel des natürlichen Rechts fort, so stürzt damit über kurz oder lang auch die positive Rechtsregel zusammen. Fällt aber nur eine positive Rechtsregel fort, so wird das stehengebliebene Fundament immer wieder nach einer Ergänzung verlangen. Von einer beliebigen Gewalt des Staates, einmal bestehende Rechtssätze abzuschaffen, ist somit gar keine Rede. Der Staat braucht sich nicht erst selbst die Hände zu binden, sie sind ihm bereits gebunden.

Nehme ich hiernach weder die Staatssouveränität an, d. h. die Ansicht, daß eine Rechtsgebundenheit des Staates nicht vorhanden ist, noch auch die von Krabbe so bezeichnete Rechtssouveränität, als eine Herrschaft des Rechts über den Staat, so erkläre ich damit, daß außer Staatssouveränität und Rechtssouveränität und außer der — von Krabbe gar nicht behandelten — Souveränität des Einzelnen noch ein Weiteres denkbar ist. Dies Weitere ist der Rechtsstaat.

Man hat denjenigen Staat Rechtsstaat genannt, bei dem sich alles auf rechtmäßigem Wege abspielt und bei dem der Verwaltungswillkür kein Raum gelassen ist. In diese Definition jedoch ist die Rechtsproduktion noch nicht einbezogen. Im Rechtsstaat ist die Staatsmacht in ihrem Gegensatz zur Staatsallmacht am höchsten verkörpert: der Staat nimmt bewußt Rücksicht auf die Rechtsüberzeugungen der Allgemeinheit und richtet seine Rechtsproduktion danach ein. Damit ist schon gesagt, daß der ausgebildete Rechtsstaat eine Organisation höherer Kultur bedeutet. Aber selbst in der Despotie ist das natürliche Recht nicht ausgeschaltet. Auf die Dauer hält sich kein Staat, der nicht die Rechtsüberzeugungen der breiten Masse befriedigen kann. Daß genug Gesetze heute und zu allen Zeiten von einer herrschenden Klasse zugunsten einer herrschenden Klasse gemacht wurden, soll in keiner Weise geleugnet werden. Aber hier hat es eben immer die herrschende Klasse verstanden, die populäre Meinung für sich zu gewinnen. Ob das Volk dabei gut fuhr oder nicht, ist für unsere Betrachtung gleichgültig, von Bedeutung ist nur, daß das Volk zufrieden war. Und auch gewalttätigen Druck weniger hat das Volk auf die Dauer immer ertragen, wenn ihm die Überzeugung beigebracht wurde, dieser Druck sei gott- oder naturgewollt. Dabei gebe ich natürlich vorübergehende Perioden rein gewalttätiger Art ebenso rückhaltlos zu, wie Rechtsbeugungen in Kulturstaaten. Auf die Dauer aber ist das Gesetz, soweit es überhaupt Rechtsüberzeugungen zu repräsentieren vermag, mit dem

Ausdruck der Kräfte einer herrschenden Klasse stets zugleich auch Ausdruck der rechtlichen Meinungen des Volkes gewesen. Wenn man behauptet hat, die Klassenkämpfe hätten zu allen Zeiten das Staatsvolk geteilt, so waren dies doch jedenfalls zunächst wirtschaftliche, nicht rechtliche Kämpfe.

Es gehört ja heute zum guten Ton, wie alles andere, so auch das Recht einfach aus der Wirtschaft abzuleiten. Und doch zeugt solcher Glaube nur von mangelnder Kenntnis des geschichtlichen und psychologischen Verhältnisses von Recht zu Staat. Selbst heute spricht der Proletarier von „Klassenjustiz" nur, wenn es sich um geradezu politische Fragen handelt, und auch dann meint er kaum jemals bewußte Rechtsbeugung. Die große Menge der Entscheidungen und Gesetze greift er vom Klassenstandpunkt aus nicht an, und es würde ihm auch schwer fallen, diese mit dem Zwiespalt der Klassen in Verbindung zu bringen. Und selbst, wo es sich um wirtschaftliche Gegensätze handelt, ist im Prinzip wenigstens das Recht völlig frei. Wenn etwa das Reichsgericht die von Gewerkschaften über industrielle Betriebe verhängte Arbeitersperre für rechtlich zulässig erklärt, so entscheiden die bürgerlichen Richter aus Rechtsgründen gegen das Kapital. Die Sozialdemokratie würde sich nicht so sehr bemühen, dem Volk das Vertrauen zum Richter zu nehmen, wenn dieses Vertrauen dem Volke nicht so tief im Blute säße. Das Recht ist wirklich — und damit hat Krabbe ganz das Richtige getroffen — eine Lebensmacht, die den im

Staate vorhandenen Gewaltverhältnissen nicht einfach untergeordnet ist; nur hat Krabbe nicht erkannt, wie denn das Recht im Staate Gewalt gewinnt. Es versteht sich, daß alles natürliche wie positive Recht von der Wirtschaft im hohen Maße beeinflußt ist; aber umgekehrt beeinflußt es auch wieder die Wirtschaft. Ethische Ideen, rassenhafte Psychologismen, deren Ursprung Jahrhunderte, ja Jahrtausende zurückdatiert, haben für die Formung des Rechts und dadurch für die der Wirtschaft Bedeutung. Aus allem diesen ersteht das natürliche Recht, daß bei seinem staatlichen Umguß in Gesetze und Paragraphen von den herrschenden Klassen in ihrem eigensten Interesse zwar nicht wesentlich geändert, aber doch mehr oder weniger leicht modifiziert wird. Da, wie sich versteht, auch diese bevorrechtigten Klassen Zusammenhänge mit den breiten Massen haben, da auch sie zum „Volk" im weiteren Sinne gehören, fließen offenbar auch ihre rechtlichen Überzeugungen ein in den großen Strom der Produktion des natürlichen Rechts.

Es ist also ein fieberhaftes Hin und Her von Kräften, das zur Produktion von natürlichem Recht und von da zur Produktion von staatlichem Rechte führt. Der Staat greift von seinem Standpunkt der Rechtssicherheit in das Getriebe. Dieser Standpunkt aber deckt sich trotz allen Einflusses der regierenden Klassen im Zivilrecht nahezu ganz, im öffentlichen Recht in erheblichen Teilen mit einer gleichmäßigen Interessenabwägung. (Man sieht, wie sich in unserer Auffassung der Unterschied von Zivilrecht und

öffentlichem Recht wieder geltend macht, dieser innere Unterschied aber besteht trotz aller formalen Einwände Krabbes auch in England.) Somit ist der am Ende ausschlaggebende Faktor der Staat. Erst recht gegen Krabbe sprechen natürlich die Gesetze der gewalttätigen Perioden, in denen die breiten Massen lediglich Objekt der Herrschaft waren. Hier sorgten die Träger der Staatsgewalt für ein Recht, das mit dem natürlichen wenig gemein hatte, ohne daß man doch darum hier immer von Machtherrschaft zum Unterschied von Rechtsherrschaft reden könnte. Denn innerhalb des gesetzten Rechts wird es hier oft streng rechtlich zugehen.

Legt man, wie wir das tun, bei der Rechtsbildung im Endergebnis das Schwergewicht auf den Staat, so ist klar, daß die Lehre von der Volkssouveränität damit verworfen ist. Wenn aber Krabbe den Standpunkt der Volkssouveränität weit von sich weist, weil ja auch das Volk bei der Rechtsbildung nur Organ sei, nur durch Ablegen von Zeugnis über das, was als Recht zu gelten habe, tätig sei, so muß doch gefragt werden, woher denn eigentlich nun das Recht kommt, wenn nicht vom Staat, wenn nicht vom Volk, wenn nicht — was Krabbe auch verwirft — von einer überirdischen Macht? Ja, wenn Krabbe wenigstens versucht hätte, die vielen Kräfte zu schildern, die bei der Produktion des natürlichen Rechts wirksam sind! So aber begnügt er sich mit einem rätselhaften Glauben an ein irgendwie waltendes Recht, der trotz — oder vielleicht wegen — seiner Mystik durch und durch monistisch ist.

Krabbes Theorie geht im tiefsten zusammen mit der monistischen Richtung unserer Zeit. Man möchte alles auf die einfachste Formel bringen: Bequemlichkeitstheorie. Und gerade das Beste — die Variationen — fließt dabei durch die Hände. Die Unpersönlichkeit des Rechts wird zur Physiognomielosigkeit. Vielleicht — wer kann das wissen? — hat die ganze Lehre Krabbes von der Freude über die glatte Lösung des bundesstaatlichen Problems oder der Probleme des Völkerrechts und des Gewohnheitsrechts ihren Ausgang genommen. Das würde nicht gegen die Ethik des Werkes sprechen, aber es würde deutlich die heimtückische Natur solcher vereinfachenden Konstruktionen zeigen. So geistvoll diese skelettartigen Formulierungen sind, so wenig besagen sie. Bekanntlich werden die meistgebrauchten Begriffe am häufigsten neu geprägt. Wer die nordamerikanische Verfassungsgeschichte kennt, der weiß, daß nichts so sehr gewechselt hat, wie das Attribut der Souveränität den Unionsstaaten gegenüber. Der Souveränitätsbegriff ist im stärksten Sinne ein historischer Begriff. Und da will man die Frage der bundesstaatlichen Souveränität mit einem ein für allemal festgestellten Souveränitätsbegriff lösen!

Indem Krabbe eine allgemeine Souveränität des Rechts geltend macht, hat er auch diesen naiven, fröhlichen Glauben an eine absolute „Gerechtigkeit“, um den man ihn wirklich beneiden kann. Die ewige Tragik des Rechts, daß etwas heute schon nicht mehr gerecht ist, d. h. nicht mehr mit den Volksüberzeugungen übereinstimmt, was gestern mitten aus dem natür-

lichen Recht heraus gesetztes Recht geworden war, scheint der Autor nicht zu sehen. Und mehr noch: ist denn auch im Augenblick das natürliche Recht derart genau festzustellen, daß man, ich sage nicht einmal alle, aber doch wenigstens die meisten eben gewordenen Gesetze als unbedingt „gerecht“ hinstellen könnte? Wie die Kirche gegen die Religion, so kämpft hier das Gesetz gegen das Recht. Wie aber gegenüber allen unkontrollierbaren Subjektivitäten die geoffenbarte Religion in der Kirche ihren Boden findet, so wird die staatliche Gültigkeit zum Angelpunkt des Rechts.

Noch viel mehr kompliziert sich das Problem der Gerechtigkeit, wenn wir auf die Rechtsverwirklichung, auf die Rechtsanwendung im einzelnen Falle zurückgehen. Hiermit kommen wir dann überhaupt auf die tiefste Frage in der ganzen Rechtswissenschaft, auf das Problem des Richters, auf das des Richtens über andere Menschen. Ein Richter, der noch niemals im Innersten an seinem ganzen Beruf gezweifelt hat, ist nie des Richterstuhls würdig gewesen. Hierbei ist es gleich, ob nun der Richtende sich auf deterministischem oder indeterministischem, auf religiösem oder auf irreligiösem Standpunkt befindet. Glaubt er, daß der Mensch, den er richten soll, nicht anders handeln konnte, wie er gehandelt hat, so kann er genau so wenig „gerecht“ über ihn entscheiden, wie wenn er an die Freiheit des Willens glaubt. Denn getraut er sich dann, den Willen und damit den Sinn dieses Menschen ganz zu durchschauen? Und meint er, daß nur Gott allwissend sei, so ist

das im letzten wieder ganz dasselbe, als wenn er meint, alle Menschen seien wie Gott. Denn dann ist eben jeder Mensch etwas Einziges und Wundervolles, und niemand darf sich vermessen, einen Anderen völlig zu verstehen. Dies gilt nicht allein vom Strafrichter, sondern auch vom Zivilrichter, der über die einfachste Warenklage zu entscheiden hat. Denn immer stehen hinter den Waren Menschen mit Trieben und Motiven, und im Grunde hat der Richter nicht über einen Rechtsfall sein Urteil zu sprechen, sondern über Menschen. Wenn unter solchen Umständen gerade bei denjenigen Richtern, die am menschlichsten fühlen, sich ein Augurenlächeln einschleicht, kann einer darüber spotten?

Eine abstrakte zeitliche Gerechtigkeit gibt es nicht. Und was einer von der ewigen Gerechtigkeit halten will, ist schließlich, wie jede Religion und jede metaphysische Spekulation, Sache des persönlichen Erlebnisses. Schopenhauer und nach ihm noch viele hat der Satz der vedischen Philosophie, daß der Quäler und der Gequälte eines sind — das tat twam asi — erschüttert, und andere wieder nennen dies immerfortige Wirken einer ewigen Gerechtigkeit vage Konstruktion und reden von himmlischer Gerechtigkeit in schönem Anschluß an den Eintritt des Todes. Das zeitliche Recht aber hat wenigstens — ich sagte es schon — ein festes Kriterium: die Sicherheit. Der Staatsgedanke bleibt bestehen. Weil jedoch die Staatsmacht nicht Staatsallmacht bedeutet und gar überhaupt nicht im Rechtsstaat der heutigen Zeit, ist dieses Kriterium des Rechts nicht schreckhaft aufzunehmen. Der

Staat ist uns heut weder ein Schemen noch ein Ungeheuer, das uns verschlingt, sondern eine Kulturgemeinschaft, eine historisch zusammengehörige Einheit zur Erreichung kultureller Zwecke. Nicht aus prinzipieller Hochschätzung einer formalen Organisation also ist das stärkste Gewicht auf die Sicherung des Staats durch das Recht zu legen, sondern aus Rücksichten der allgemeinen Wohlfahrt, die darum noch nicht die spezielle Wohlfahrt des Einzelnen zu sein braucht.

Diesen Gedankengang aber haben die, welche undeutelbare Gerechtigkeit nach Maßgabe des einzelnen Falles verlangen, niemals gemacht. Unter ihrer Forderung verbirgt sich eine doppelte Oberflächlichkeit. Einmal sprechen sie von Gerechtigkeit, glauben sie „an den Sieg des Edlen und Wahren über das Schlechte und Falsche“ (Fuchs), ohne doch im mindesten anzugeben, wie denn das Edle und Wahre sich allgemeingültig definieren läßt. Und wenn sie dann weiter meinen, die Urteile müßten „nicht aus irgendwelcher pandektologischen Schablone, sondern mit Hilfe echten modernjuristischen psychologischen und soziologischen Wissens und wahrer Sachkunde aus dem einzelnen Fall hervorwachsen“ (wiederum Fuchs), so richten sie ihren Blick niemals auf die Rücksichten, die der Allgemeinheit und dem Vertreter der Allgemeinheit, dem Staate, zukommen. Das aber ist ja gerade das Problem, wie die Anforderungen, die im einzelnen Falle gestellt werden, mit den Anforderungen des Staats zu vereinigen sind. Mit anderen Worten: wo für diese — vielleicht nicht pandektologischen,

sicherlich aber — ideologischen Juristen die Probleme aufhören, fangen sie in Wirklichkeit überhaupt erst an. Oder noch anders gesprochen: diesen reformbedürftigen Reformatoren scheint die Gerechtigkeit einfach eine zu verwirklichende Tatsache, uns aber das größte Problem, das die Rechtswissenschaft bietet.

Folgerichtig müssen die Anhänger einer positiven Gerechtigkeit den Vergleich als ein unsinniges Institut von sich ablehnen. Denn, hat der eine schlechtweg recht, der andere unrecht, so hat die Jurisprudenz eben nichts als den Beruf, dem gerechten Manne zum Siege zu verhelfen. Kirchmann hält in der Tat die Empfehlung und Begünstigung der Vergleiche seitens der Juristen für das „klarste testimonium paupertatis". Er fragt: „Was würde man zu einem Mathematiker sagen, den zwei Personen um die Auflösung ihrer gegenseitigen Berechnungen angehen, wenn er ihnen einen Vergleich anmuten wollte, weil die Berechnung zu langwierig, zu unsicher sei?" Vielleicht ist nichts bezeichnender für die mangelnde Einsicht dieser Streiter, als die Zusammenstellung der Rechtswissenschaft mit der Mathematik. Denn der Jurisprudenz gibt nicht die Exaktheit, sondern gerade die Beweglichkeit ihren Charakter. Exaktheit ist bei den Naturrechtsfanatikern und bei den romanistischen Scholastikern zu finden, die das Recht ein für allemal stabilieren. Und die einzelne juristische Aufgabe kann erst gar nicht ebenso „gelöst" werden, wie man aus Multiplikationen feste Resultate herausbekommt. Erst die Variabilität ihrer Ergebnisse macht die Rechtswissenschaft

überhaupt lebendig. Die Mathematik ist scharf, doch sie vibriert nicht.

Während aber Kirchmann gerade die Konsequenzen seiner Anschauungen zieht, läßt es Fuchs in seinen mehrfach erwähnten Aufsätzen auch daran fehlen. Er erzählt, er habe Amtsrichter gekannt, die solches Ansehen in ihrem Bezirk genossen, daß sich ihren Vergleichsvorschlägen fast alle Bezirksangehörigen fügten. „Einer hatte fast gar keine kontradiktorischen Urteile mehr.“ Diese Juristen nennt Fuchs seine „Richterkönige“. Wenn ich Rechtswissenschaft und Gerechtigkeit so betrachtete wie Fuchs, ich müßte in hellen Zorn über diese Mißwirtschaft ausbrechen. Weil ich aber die Gerechtigkeit nicht für einen Schatz halte, der nur vom Richter ergriffen zu werden braucht, sondern für eine Eroberung, die immer aufs neue gemacht werden muß, für eine Beherrschung des staatlichen Lebens durch Vertiefung in alle seine Faktoren, individuelle wie gemeinheitliche (dies ist die echte „soziologische“ Jurisprudenz), deshalb muß ich einem gerichtlichen Akt sympathisch gegenüberstehen, der notwendigerweise allen Interessen Berücksichtigung zuteil werden läßt. Solcher Art aber ist der Vergleich. Weil hier jeder gibt und jeder empfängt, hat der Vergleich schon an sich jenen sozialen Charakter, den nur das „gerechte“ Urteil gewinnt. Er ist gleichsam ein Urteil unter Mitwirkung der Parteien, ein Selfgovernment der Parteien unter der Herrschaft des Staats; er macht den Streit zum Hebel der Einigung, was ja auch jede vernünftige Politik zum Ziele haben muß. So schafft der Vergleich

in der Regel ein Recht, das nicht nur gleichwertig ist dem durch ein gutes Urteil geschaffenen, sondern das beinahe höher veranschlagt werden muß, einmal, weil hier kein Besiegter zurückbleibt, dessen Verbitterung die Rechtssicherheit in Zukunft zu bedrohen vermag, und dann, weil alles dies mit geringerem Aufwand erreicht wird.

Je stärker wir nämlich an absoluter Gerechtigkeit zweifeln dürfen, desto heftiger müssen wir am Rechte selbst festhalten. Hier aber kann nur ein Recht in Frage kommen, das große positive Richtlinien gibt, weil nur dadurch der Rechtssicherheit gedient sein wird. Die starke Richterpersönlichkeit, die ich wünsche, wird nicht stark sein durch äußerste Subjektivität, sondern durch weiseste Einsicht in das Gefüge des Staats. Es scheint, als ob dieser Richter den Satz „Fiat mundus, pereat iustitia" für weniger falsch und gefährlich hielte als die alte Maxime „Fiat iustitia, pereat mundus". Solcher Richter wird deshalb volles Verständnis haben für eine zentrale Oberinstanz, die Präjudizien schafft. Wie ihm durch Gesetzestechnik im besonderen Falle Spielraum gelassen werden kann, wurde schon angedeutet. So ist dem Richter stets der feste Rahmen vorgeschrieben, und seine Sache ist es, in lebengestaltender Tätigkeit den Rahmen zu füllen. Für die schwachen Richter endlich, die ja niemals fehlen werden, auch wenn wir offiziell „Richterkönige" haben, ist durch eine gleichmäßige Rechtsprechung die notwendige Stütze gegeben.

Als gutes Beispiel für die hier umschriebene Gerechtigkeit nehme man das Problem der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit und das hiermit verknüpfte Problem der rechtlichen Handlungsfähigkeit. Will man untersuchen, wer „gerechtermaßen“ zurechnungsfähig oder handlungsfähig sei, oder meinetwegen, wer dies nicht sei, so wird man nie zu einem Resultat gelangen. Es kommen dann Metaphysiker und Mediziner, Ökonomen und Psychologen mit tausend Meinungen. Nur wenn man diese Frage rein juristisch, besser gesagt: rein publizistisch faßt, wird man die Lösung finden. Dann sind — wie das ja in der einzelnen Kriminalsache wirklich der Fall ist — alle diese Äußerungen und Überzeugungen nichts als „Gutachten“, der Richter aber und der Gesetzgeber bestimmen vom Standpunkt der allgemeinen Rechts- und Staatssicherheit aus Art und Grenzen der Zurechnungsfähigkeit wie der Handlungsfähigkeit. Hält man dies fest, so kann die Einführung besonderer Bestimmungen über verminderte Zurechnungsfähigkeit in das Strafgesetzbuch niemals zur Deroutierung des ganzen Strafrechts führen, indem etwa dadurch jedem Verbrecher mindestens die beschränkte Zurechnungsfähigkeit gesichert würde. Dann spricht nicht der Psychiater das entscheidende Wort mit seinem „Alles ist Übergang“, sondern der Jurist hebt aus den unzähligen Zwischenzuständen von Zurechnungsfähigkeit zu Unzurechnungsfähigkeit einen bestimmten Zustand heraus. Er nennt ihn verminderte Zurechnungsfähigkeit, umgibt ihn mit genauen Begriffsmerkmalen und fordert nun vom Arzt, daß er im

einzelnen Falle lediglich begutachtet, ob diese Merkmale vorliegen.

Ebenso die rein juristischen Maßstäbe anzulegen, hat man in dem Streit über die Bedeutung des Determinismus für das Strafrecht. Freilich ist hier die Situation schon weit geklärter: in der Hauptsache veranlaßt durch die energischen Worte Liszts, hat man fast allgemein erkannt, daß für das Strafrecht Determinismus wie Indeterminismus gleich bedeutungslos ist. Das Strafrecht rechtfertigt sich schon vollkommen durch die Erwägung, daß Ausschreitungen der im Staate Lebenden vom Staat zur Sicherung des Staatsganzen hintangehalten werden müssen; metaphysische Betrachtungen — und jeder Determinismusstreit ist letzten Endes metaphysisch — gehören nicht in sein Ressort. So sehr weiter Blick vom Juristen zu verlangen ist, so sehr bedarf die Wissenschaft vom Recht verständiger Begrenzung.

Mit dem Vorhergehenden scheine ich in dem Streite der Strafrechtstheorieen bereits Partei ergriffen zu haben. Man wird meinen, ich hätte mich bereits für die Sicherungsstrafe der modernen und gegen die Sühnestrafe der klassischen Schule entschieden. Für die Sicherungsstrafe gewiß, doch nicht ohne weiteres für die moderne Schule. Denn die Schwäche der modernen Schule besteht gerade darin, daß sie eine abstrakte Sicherung feststellt, ohne die vom Volke verlangte Sicherung anzunehmen. Wenn wir glauben, daß es auf Erden jedenfalls keine wirkliche, bedenkenlose Gerechtigkeit gibt, so ist damit noch nicht gesagt, daß wir nicht den Be-

griff der Gerechtigkeit, wie er im Volke lebt, respektieren müssen. Das „natürliche Recht“ verlangt heut immer noch die Sühne der Tat. Gerade auch das Unschädlichmachen der „Zustandsverbrecher“ wird zur Zeit nur vom Gesichtspunkt der Sühne aus erträglich sein. Nimmt die moderne Schule auf dies Volksempfinden keine Rücksicht, so wird gerade damit das Gegenteil bewirkt, was bewirkt werden soll: Rechtsunsicherheit statt Rechtssicherheit. In der „richtigen“ Strafe nämlich, wie überhaupt in jedem „richtigen“ Richterspruch, liegt für das Volk untrennbar verbunden Gerechtigkeit und Sicherheit: der eine Komponent bedingt den anderen. Indem die Tat gesühnt wird, stellt sich für das Volk die verloren gegangene „Sicherheit“ wieder ein. Diese Sicherheit selbst setzt sich vielfach zusammen: Sicherheit für die Gegenwart, da das „Böse“ der Tat getilgt ist, Sicherheit für die Zukunft, da die verhängte Strafe ein abschreckendes Zeichen bildet und vor allem Sicherheit für den einzelnen friedlichen Staatsbürger, der in seinem Gewissen beruhigt ist. All diese Teile vereinigen sich in der Vorstellung von der Sicherheit des Staats infolge Ausübung der Gerechtigkeit. Von einem tieferdringenden Standpunkt aus verflüchtigt sich die Gerechtigkeit, und allein die Sicherheit bleibt. Diese aber ist auch dann jedenfalls immer nur von der Gesamtheit der zu Sichernden aus zu betrachten. Wenn man nicht übel gesagt hat, Recht ist, was allgemein als Recht empfunden wird, so kann auch gesagt werden, daß Sicherheit ist, was allgemein als Sicherheit empfunden

wird. In einer Zukunft, in der der heutige Begriff der Sicherheit und damit zugleich der Begriff der Sühne vergessen ist, wird die moderne Schule nicht nur mit ihrem Prinzip, sondern auch mit ihrem praktischen Vorgehen im Recht sein.

Übrigens zieht ja auch die moderne Schule selbst nicht alle Konsequenzen ihrer Anschauungen, wie ihr Bündnis mit der — man kann zweifeln, ob heterogenen, keinesfalls aber doch homogenen — klassischen Schule in Sachen der Strafrechtsreform beweist. Dies Bündnis bedeutet nicht so einen Kompromiß, um wenigstens irgend eine Reform zu stande zu bringen, als vielmehr das instinktive Eingeständnis, es sei heute noch die Theorie der modernen Schule auf die Praxis nicht in vollem Maße anzuwenden. Auf der anderen Seite nähern sich wieder einige Vertreter der Vergeltungstheorie dem Gedanken der Zweckstrafe. Es sei nur an Adolf Merkel erinnert und zwar gerade an ihn auch deshalb, weil er mannigfach Ansichten geäußert hat, die nicht allzu entfernt sind von den hier produzierten; am meisten bietet nach dieser Richtung das achte Kapitel von Merkels kleiner Schrift „Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht".

Wenn nun aber in tieferem und feinerem Sinne Aufgabe des Richters weniger Sorge für die Gerechtigkeit, als Sorge für die Sicherheit ist, wird da nicht der Richter selbst zum Schutzmann herabgewürdigt oder mindestens, fällt da nicht Rechtspflege und Polizei einfach zusammen? Die zweite Frage scheint beachtenswerter als die erste, denn der Gendarm hat nach fest umschriebener Instruktion die Ruhe zu befördern,

während der Richter nur dem Gesetz und seinem Gewissen verpflichtet ist. Auch wenn man die Stellung eines höheren Polizeibeamten mit der eines Richters vergleicht, fällt zunächst dort immer zum Unterschied von hier die bureaukratische Ordnung und Einordnung in die Augen. Sieht man jedoch das Gesamtgebiet der Justiz gegen das der Polizei, so kommt man bei vorurteilsloser Betrachtung — diese fehlt aber leider meist — zu einem überraschenden Resultat. Justiz und Polizei bebauen nicht verschiedene Gebiete, sondern dasselbe Gebiet, nur an anderen Orten.

Man kennt die verzweifelten Anstrengungen, die man gemacht hat, um den Begriff der Polizei zu umschreiben. Auch weiß man von den nicht minder mühevollen Bestrebungen, verschiedene Betätigungen der Polizei genau zu unterscheiden. So trennt man, ohne daß irgend ein Mensch einen streng begrifflichen Trennungsstrich ziehen könnte, vor allem die Sicherheits- und die Wohlfahrtspolizei. All das geschieht in den meisten Fällen mit der liberalistischen Absicht, sich die „Trennung der Gewalten“ durch die Theorie beglaubigen zu lassen. Und doch zeugt auch diese berühmte Lehre, wie so viele staatsrechtliche Dogmen, nur von oberflächlicher Einsicht in den Mechanismus von Staat und Recht. Wie schwierig das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung liegt, hat das Vorhergehende dargetan, einfacher, doch noch weit niederschmetternder für die Gewaltentrennung ist das Verhältnis von Justiz zu Polizei. So weit das öffentliche Recht in Frage

kommt, ist die Justiz die entwickelte Polizei oder umgekehrt, die Polizei die unentwickelte Justiz. Die Polizei, die zu gleicher Zeit immer für Sicherheit und für Wohlfahrt zu sorgen hat — die eine Tendenz ist undenkbar ohne die andere — greift (im allgemeinen) die Dinge an, die Justiz bringt sie nötigenfalls zur Entscheidung. Nötigenfalls: denn die Regel ist, daß sich der Betroffene bei der polizeilichen Verfügung beruhigt oder daß die Polizei keinen Anlaß zu weiterem Vorgehen sieht. „Entwickelt" sich aber die Angelegenheit, d. h. erklärt der Betroffene, ihm sei unrecht geschehen, oder muß die Polizei fernere Verfolgung veranlassen, so tritt stets im modernen Rechtsstaat die Justiz in Tätigkeit. Es sind deshalb Polizei und Justiz nicht wesensverschieden, sondern die Justiz ist nichts als das vorgerückte Stadium der Polizei. Für „Polizei" aber läßt sich der allgemeine Ausdruck „Verwaltung" gebrauchen, ist doch die Polizei nichts als die exekutive Verwaltung (nicht die mit Zwangsmitteln arbeitende, das geht nur auf einen kleinen Teil der Polizei). Einzig, indem man dies festhält, gewinnt man Verständnis für das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie steht der sonstigen Gerichtsbarkeit nicht etwa gegenüber, sondern bearbeitet nur Angelegenheiten, die aus praktischen Rücksichten im ersten Stadium gewissen abgeschlossenen Zweigen der Polizei zugewiesen sind und die somit auch fernerhin ihre Abgeschlossenheit bewahren.

Da aber das öffentliche Recht das bürgerliche gleichsam umschließt, so gilt am Ende das

hier Gesagte für die gesamte Rechtspflege im Verhältnis zur Verwaltung. Im engeren Sinne kann natürlich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor Anrufung der Gerichte die Polizei oder überhaupt die Verwaltung nur in Betracht kommen, wenn ein Interesse der Allgemeinheit vorliegt, was in den meisten Fällen ja nicht zutrifft.

Nach unserer Erklärung also gipfelt die Polizei in der Rechtspflege, weil jeder Polizeiakt einen Justizakt hervorrufen muß, wenn der Betroffene es so will. Diese Theorie, die von einem absoluten Wesensunterschied zwischen Polizei und Justiz nichts weiß, ist in Wirklichkeit viel liberaler als die so hochgeschätzte Trennungstheorie des alten Liberalismus. Denn jetzt erst ist die Justiz der Polizei nicht mehr äußerlich aufgeklebt, sondern die Polizei findet ihren Zielpunkt in der Justiz. Und mit dem Zielpunkt zugleich ihre Grundlage. Eine Verwaltung nämlich, über deren sämtliche Handlungen gerichtlich geurteilt werden kann, hat alle ihre Handlungen von vornherein auf diesen Fall einzurichten. Die Trennung aber der Justizhoheit von der Verwaltungshoheit führt gerade zu einem Nebeneinander, das mit dem Gedanken des Rechtsstaats nicht vereinbar ist.

Hiernach ist die Aufgabe des Richters die gleiche wie die des Polizeibeamten: Sorge für die Sicherheit. Und doch fällt die Rechtspflege mit der Polizei durchaus nicht zusammen, da eben die beiden in ganz anderen Stadien der Fälle beschäftigt sind. Auch die Persönlichkeit des Richters hat völlig verschieden zu sein von der des polizeilichen Beamten. Dieser hat das

Typische vor dem Individuellen, jener das Individuelle vor dem Typischen zu sehen. Damit ist schon gesagt, daß der Richter auch das Allgemeine ins Auge zu fassen hat, was ja übrigens im Vorhergehenden genugsam betont wurde. Doch in erster Linie ist der Richter berufen, aus tausend möglichen Fällen den einen speziellen Fall zu entscheiden. Im Aufstellen der Proportion zwischen diesem einen Falle und den tausend möglichen Fällen liegt dann die Schwierigkeit. Der Verwaltungsbeamte hat zwar auch zu prüfen, ob seine Verfügung nicht gegen spezielle Interessen verstößt, in erster Linie aber hat er doch schematisch zu verfahren, hat er sich Normalmenschen mit Normalinteressen zu konstruieren. Deshalb ist auch die bureaukratische Ordnung ebenso der Verwaltung angemessen, wie sie für die Rechtspflege verkehrt wäre. Nur wer mit Schematen arbeitet, kann dauernd Befehle empfangen.

Von hier aus wird nun auch deutlich, warum die erste Instanz der freiwilligen Gerichtsbarkeit — wo es sich doch um Dinge handelt, die durchaus der Verwaltung zuzugehören scheinen — der Justiz übergeben worden ist. Man wollte für diese verantwortungsreichen Geschäfte, die tief in Handel und Wandel eingreifen, durchaus unabhängige Persönlichkeiten. Die an sich typischen Fälle sollten doch individuell angefaßt werden. Beim Vormundschaftswesen freilich — und damit hebt sich diese Materie im Grunde aus dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinaus — liegt, wie viele rein verwaltungstechnische Aufgaben auch nebenher gehen mögen, schon im

Stoffe die Forderung individualisierender Behandlung. Hier ist nur der bis ins einzelne abwägende Richter, nicht der generalisierende Verwaltungsbeamte am Platze.

Weiterhin wird dieser psychologische Unterschied bedeutsam beim Institut des Untersuchungsrichters. Es scheint, als ob der Untersuchungsrichter nichts sei als ein Kriminalkommissar in größeren Dimensionen. So weit es sich um das Stoffliche handelt, ist allerdings die Tätigkeit des Untersuchungsrichters polizeilicher Natur, die richterliche Arbeit offenbart sich erst in der Art wie das Stoffliche erledigt wird. Darin ist der Untersuchungsrichter weit mehr zu vergleichen dem privaten Detektiv. Wie dieser ist und muß er sein souverän, wie dieser kann er sich unmöglich einordnen in das Räderwerk der Polizei. Der oberflächliche Betrachter mag glauben, es sei wünschenswert, daß bei einem Kriminalfall alle beteiligten Polizeiorgane individuelle Lösungen suchen. Doch wer tiefer blickt, weiß, daß in Dingen, wo Leben und Freiheit der Staatsangehörigen in Frage stehen, innerhalb eines großen Beamtenapparats der erste Angriff nur nach ganz festen Prinzipien und in sicherster Disziplin geschehen darf. Deshalb wird in den komplizierten sozialen und wirtschaftlichen Zuständen von heute der Privatdetektiv, der jenseits der Beamtendisziplin steht, eine immer stärkere Notwendigkeit, was aber niemals gegen unsere Polizei sprechen kann. Auch in der nordamerikanischen Union, wo die Kriminalpolizei eine viel losere Organisation besitzt, waren doch die Pinkertons berufen, in

vielen Fällen die entscheidende Aufklärung zu geben. Beiläufig sei bemerkt, daß unzuverlässige Elemente das Detektivgewerbe allerdings nicht betreiben dürfen. Gegenüber Detektivbureaus besteht heute nach § 35 G.O. ein Untersagungsrecht, falls durch Tatsachen die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden erwiesen wird. Man wird aber darüber hinaus, wenn nicht Approbation, so doch Konzession fordern müssen.

Der Untersuchungsrichter nun ist — oder besser: soll sein — ein erhöhter Detektiv, ein Detektiv, der sich nicht erst ins Gewühl zu begeben braucht, um zu sehen, der besonders auch im stande ist, das ihm zugetragene Material richtig zu werten. Anders gesprochen: der Untersuchungsrichter soll einem Spürhund gleichen, der außer der Witterung noch durchdringende Augen besitzt. Zu dem allen gehört Unabhängigkeit, starkes Selbstbewußtsein und nie fehlender Takt, weshalb dieser Beruf — was auch für eine künftige Prozeßordnung bemerkt wird — Sache des Richters zu sein hat.

Am interessantesten jedoch ist die Stellung des Staatsanwalts. Er ist dem Gericht attachiert, ohne doch Richter zu sein, er befindet sich als Verwaltungsbeamter doch innerhalb der Rechtspflege. Nur indem man sich dies genau überlegt, wird man die Halbheit verstehen, die in dem ganzen Institut der Staatsanwaltschaft beschlossen liegt, und wird sogleich die Angriffe auf dies Institut auf ihr richtiges Maß zurückführen können. Man wirft der Staatsanwaltschaft Mangel an Objektivität vor, während es doch in Wirklichkeit regelmäßig nur der inner-

halb der Justiz ungewohnte Schematismus ist, der zum Tadel herausfordert. Da aber diese Behörde in der exponiertesten Position sich befindet, die es überhaupt geben kann — nämlich eigens darauf zugeschnitten ist, die Staatsgewalt (und natürlich damit auch deren augenblickliche Träger und Organe) zu schützen —, so kann es für sie gar nichts anderes geben, als straffeste bureaukratische Organisation nach dieser einen Richtung hin.

Freilich, der reinen Verwaltung, die ja nach dem guten Ausdruck Krabbes Genußverwirklichung anstrebt und bei der somit nicht derartig fundamentale Interessen im Spiele sind, ist ein so zugespitzter Aufbau nicht zu eigen. Dennoch wäre es sehr falsch, wollte man die beliebte Unterscheidung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung annehmen, wonach die Verwaltung in Ermessenssachen, die Rechtsprechung in Nichtermessens- (d. h. Rechts-) sachen tätig sei. Denn im Grunde sollte ja alles Vorhergehende nur immer das eine vor Augen führen, daß gerade der Richterspruch eine Angelegenheit des Ermessens — des Ermessens im tiefsten Sinne — bedeutet. Und vielleicht darf man gerade in der Verwaltung das Ermessen als außerordentlich beschränkt bezeichnen, weil — wie eben erwähnt — die Verwaltung immer auf die Justiz hin gravitiert und sich daher immer auf die Justiz einrichten muß. Somit bleibt es dabei, daß der Unterschied zwischen Rechtspflege und Verwaltung allein in dem bureaukratischen oder nichtbureaukratischen Gefüge begründet ist, das den verschiedenartigen psychologischen Voraussetzungen ent-

spricht. Hierdurch aber wird die Staatsanwaltschaft — wie sehr man auch ihre Organisation begreifen muß — zu einem Fremdkörper in der Justiz, der sie doch andererseits zugehört und zuzugehören hat. Mit anderen Worten: sie setzt sich zwischen zwei Stühle. Auf der einen Seite will sie individualisierende Justizbehörde sein, die der Polizei die Direktiven gibt und auf die § 153 G.V.G. restlos Anwendung findet, auf der anderen ist sie wieder, ihrer Struktur nach, viel mehr Hilfsorgan der Polizei als die Polizei ihr Hilfsorgan ist: wonach der Sinn von § 153 G.V.G. geradezu umgekehrt werden könnte.

Aus dem Gesagten geht nun wohl deutlich hervor, daß der Begriff Schematismus, den wir mit der Verwaltung verbunden haben, keinen Vorwurf bedeuten kann, weil das Schematische eben die Struktur jeder Verwaltung charakterisiert. Das Sachliche kommt hier vor dem Menschlichen. Das Menschliche ist nur so weit vorhanden als das Sachliche es erfordert. Es werden Einrichtungen getroffen, die nicht für diese oder jene Menschen, sondern für eine gewisse Art von Menschen bestehen sollen. Dabei darf innerhalb des Sachlichen doch der individuelle Faktor nicht ungünstig abschneiden. Jede für eine Allgemeinheit bestimmte Einrichtung muß individuell angefaßt werden. Es ist gerade entgegengesetzt, wie in der richterlichen Tätigkeit: dort hat der immer auf einen Einzelnen zugeschnittene Spruch daneben stets mit allgemeinen Erörterungen zu rechnen. Und so läßt sich denn vielleicht mit einiger Übertreibung sagen, daß in der Verwaltung Sachen mensch-

lich, in der Justiz Menschen sachlich betrachtet werden müssen. Wobei der Hauptton immer bei der Verwaltung auf den Sachen, bei der Justiz auf den Menschen liegt. Denn man richtet eben Menschen und verwaltet Sachen.

Nach tieferer Einsicht des Verhältnisses von Justiz zu Verwaltung offenbart sich nun endlich die erschöpfende Formel für die Tätigkeit des Richters und für die Rechtspflege überhaupt: Verbreitung von Sicherheit durch Individualisierung. Der Richter erhält die kritischen Fälle zur schließlichen Erledigung und hat hier wieder kritisch, nicht schematisch zu verfahren. So gewinnt jetzt der Begriff der Sicherheit in der Rechtspflege eine ganz besondere Färbung. Und wenn auch die Aufgabe von Polizei und Rechtspflege wortwörtlich dieselbe ist, so verbindet sich doch mit dem Worte „Sicherheit" hier und dort ein verschiedener Sinn.

Von diesem Punkte aus erlangen zwei schon umschriebene Begriffe eine vermehrte Deutlichkeit. Zunächst vor allem der Begriff der Gerechtigkeit. Wir sahen, daß sich die Gerechtigkeit in Beförderung der Sicherheit auflöst, und erkannten weiter, daß diese Sicherheit den Anschauungen der Allgemeinheit entsprechen muß. Nun wird es uns offenbar, daß derjenige Teil der Sicherheitsbeförderung, der individualisierender Natur ist, am meisten dem nahekommt, was man gemeinhin unter Gerechtigkeit versteht. Es handelt sich um das Suum cuique. Es handelt sich nicht mehr darum, daß jemandem etwas geschieht, das eine Allgemeinheit als gerecht

oder sicherheitsfördernd betrachtet, sondern daß der Betroffene selbst und seine Klasse so urteilt. Dazu gehört auf Seiten des Richters ein Hineinsteigen in fremde Gedanken. Man empfiehlt dem Richter das Studium der Psychologie. Sehr gut, besonders wenn ein großes Tatsachenmaterial geboten wird. Aber die Kenntnis, die verlangt wird, erwirbt man doch schließlich vor allem mitten im Leben. Der alte Amtsrichter, der seinen Bezirk mit lebendem und totem Inventar kennt, weiß um die Leute und Dinge, die ihm vorkommen. Je weiter aber nach oben, desto weniger Berührung mit dem Publikum. Es gibt — das wurde schon betont — kaum jemals Klassenurteile, nur Klassenvorurteile. Es mag dahingestellt sein, ob der Richter, der die Einzelnen nicht ganz durchschauen kann, dies bei den Klassen vermag. Aber er vermag recht wohl, sich auf den Standpunkt der Klassen und Einzelnen zu begeben. Und so urteilt der Richter, der ein ganzer Mann ist, nicht aus den Anschauungen heraus, die er mitbringt, sondern aus denen, die er im einzelnen Falle vorfindet. Das soll natürlich nicht heißen, daß er diese Anschauungen auch anzunehmen hat: Wo die Sicherheit der Allgemeinheit — der Gemeinschaftszweck würde Krabbe sagen — damit zusammenstößt, muß dieser Zweck vorgehen. Nur ist eben die Frage, wann ein derartiger Fall eintritt. Hier ist das Feld der „freien Beweiswürdigung“ des Richters. Und hier wird der zweite Begriff, von dem gesprochen werden sollte, deutlich: die lex specialis.

Man mag ja jeden Urteilsspruch als lex

specialis bezeichnen: Begriffsspielerei ist erlaubt. Soll aber der Begriff wirklich Bedeutung haben, so kann damit nur der Fall gemeint sein, daß der Richter mehr als Rechtsauslegungen, nämlich neue Rechtsgrundsätze gibt. Und wann gibt er diese? Immer dann, wenn er in einen Konflikt zwischen Einzelinteresse und Gemeinschaftsinteresse gerät. In der Regel wirkt und hat zu wirken die Sicherheit der Gemeinschaft so stark, daß die Art des Einzelnen ihr untergeordnet wird. (Wohlgemerkt, zum Unterschied von der Polizei nach Prüfung der individuellen Interessen!) Hierhin gehört vor allem das Richten „streng nach dem Gesetz“ und nach Präjudizien. Manchmal jedoch erscheinen die Einzelinteressen so beachtenswert, daß die Starrheit aller Gesetze und Präjudizien dem Richter wie die verkörperte Unbilligkeit vorkommt. Sagt das Gesetz ausdrücklich rot, so darf er natürlich nicht schwarz sagen und muß schweren Herzens nachgeben. Meist jedoch erlaubt das Gesetz, wenn nur sein Sinn respektiert wird, eine offensichtliche Fortbildung. Und nun tut der Richter nach innerem Konflikt etwas bewußt, was er unbewußt mit jedem Urteilsspruch, auch mit dem streng nach dem Gesetz oder nach Präzedenzfällen, vollbringt (weil auch hier Projektion des Vorhandenen auf einen neuen Fall notwendig wird): er führt das Gesetz weiter. Aber der Unterschied liegt eben in dem Maße der Weiterführung. Handelt der Richter unbewußt derart, so ist der Schritt kaum merkbar, handelt er bewußt, so macht er schon einen gehörigen Sprung. Und allein dies ist die lex specialis.

Man denke zum Vergleich etwa an die Fälle, zu denen in Rom die responsa prudentium beigebracht wurden. Wie bekannt, hatten die responsa in späterer römischer Epoche nicht nur gesetzliche Kraft für den einzelnen Fall, sondern wirkten auch als Rechtsquelle auf die Folgezeit. Heut ist die Macht des privilegierten Rechtsgelehrten auf den Richter selbst übergegangen, oder besser: der Richter hat zu gleicher Zeit soviel Rechtsgelehrter zu sein, daß er selbständig in jeder juristischen Frage seine Entscheidung zu treffen vermag. Es gibt keinen klareren Beweis für die erhöhte Bedeutung, welche die richterliche Stellung inzwischen gewonnen hat.

Der Hauptfall der lex specialis ist der Revisionsentscheid. Hiermit soll nicht gesagt sein, daß nun jeder Spruch der Revisionsinstanz eine bewußte Weiterführung des Gesetzes bedeutet. Aber da solcher Spruch gleichsam eine Gesetzesinterpretation in Reinkultur und dazu eine zwar nicht offiziell, aber doch unoffiziell bindende darstellt, so ist der Revisionsrichter schon immer von der Tendenz geleitet, weiterführende Entscheidungen zu geben. Ist nun aber nicht jede lex specialis schematischer Art und ganz besonders die in der Revisionsinstanz erlassene, sodaß der vorhin festgestellte Unterschied zwischen Rechtspflege und Verwaltung sich wieder zu verwischen droht? Offenbar rücken nach Beantwortung dieser Frage die Beziehungen von Justiz zu Verwaltung in noch helleres Licht.

Trotz alles Allgemeinen, das in der lex specialis steckt, handelt es sich doch aber bei ihr niemals um den Schematismus, der früher an

dem Gefüge der Verwaltung zu konstatieren war. Denn — es sei an das vorhin Angeführte erinnert — stets hat der Richter vom Menschlichen auszugehen und erst dann zum Sachlichen zu gelangen. Wer freilich an eine absolute Gerechtigkeit glaubt, die im einzelnen Falle nur anzuwenden ist, der trägt den Schematismus in die Justiz. Dabei nämlich wird etwas Sachliches hergenommen und in „normaler“ Weise auf ein Persönliches projiziert: der reinste Schematismus. Unschematisch — d. h. individualisierend mit der Tendenz auf das Allgemeine — ist die Rechtspflege nur, wenn jede außerhalb des Falles liegende Spekulation vermieden und allein die spezielle Gerechtigkeit des Falles ins Auge gefaßt wird.

Man könnte nun allerdings meinen, daß wenigstens der revisionsinstanzliche Spruch schematisch sei oder doch Schematismus in sich habe. Man könnte glauben, daß die Revisionsinstanz eine ähnliche — wenn auch nicht so ausgeprägte — Stellung zwischen Individualisierung und Schematisierung einnehme wie die Staatsanwaltschaft. Und dies alles sogar innerhalb des richterlichen Wirkens! Und doch, wie sehr auch hier das Individuelle die Neigung hat zum Normativen zu werden, so ist doch eben dies Normative undenkbar ohne den vorher individuell geklärten Tatbestand des Prozesses. Erst in Rücksichtnahme auf den speziellen Fall sucht das Revisionsurteil über den Fall hinaus maßgebende Interpretationen zu geben. Das Revisionsverfahren ist nichts als die formelle Herausgestaltung der Rechtselemente eines bestimmten — wohlgemerkt eines ganz bestimmten — Prozesses.

Den inneren Zusammenhang dieser Instanz mit dem übrigen Prozeß zeigt nicht einmal so sehr die Bestimmung, daß im Falle der Aufhebung des Urteils die Sache regelmäßig zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, als die reichsgerichtliche Praxis, auch die in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen in die Debatte zu ziehen. Daß dies in sehr versteckter Weise und auch von den verschiedenen Senaten recht verschieden geübt wird, ist nicht erheblich. Die Hauptsache ist, daß in einem geschlossenen Prozeß, wo das eine mit dem anderen zusammenhängt, eine strikte Durchführung der bloßen revisio in iure praktisch eine Unmöglichkeit bedeutet. Das Menschliche ist doch eben immer wieder in der Rechtspflege der Ausgangspunkt, und alles Sachliche empfängt sein Leben nur von dem Menschlichen. Aus diesem Grunde vermag auch die lex specialis der Revisionsinstanz sich niemals zu einer lex generalis zu erheben, wie stark auch die richterliche Souveränität hier an die offiziellen Gesetzgebungsfaktoren hinanreicht. Immer nämlich schreitet die Entscheidung der Revisionsinstanz vom Individuellen zum Typischen vor, so daß der Revisionsentscheid, wie jedes andere Urteil, im Grunde immer individuell, das Gesetz jedoch immer typisch gefärbt ist. Hiermit sei denn zugleich die wichtige Verbindungslinie zwischen Gesetzgebung und Verwaltung gezogen. Gleichwie die Verwaltung hat es auch die Gesetzgebung mit dem Typischen, dem Normalen zu tun; die auf dem Wege der Gesetzgebung zu-

stande gekommene lex specialis ist terminologisch wie politisch stets ein Ausnahmegesetz.

Der Begriff Ausnahmegesetz darf jedoch nicht schrecken; allzu leicht lassen wir uns heute durch Begriffe nervös machen. Es wird hier nur gleichsam die Macht des Richters, Gesetze auszugestalten, die ihm sonst von der Gesetzgebung delegiert ist, wieder zurückdelegiert auf die Gesetzgebung. Wie weit das Ausnahmegesetz „gerecht“ ist, ergibt sich aus dem einzelnen Fall; zur Beurteilung sind unsere bisherigen und die gleich folgenden Erörterungen über die Gerechtigkeit — insbesondere der lex specialis — heranzuziehen. Die Tatsache jedoch des Ausnahmegesetzes begründet noch keine Ungerechtigkeit.

Wann aber — so ist zu fragen — wird regelmäßig die Gesetzgebung den Erlaß einer lex specialis übernehmen? Zunächst natürlich, wenn für ganz bestimmte Verhältnisse neue Grundlagen geschaffen werden sollen. Doch viel interessanter ist der Fall, daß der Rechtspflege die zu weite Ausdeutung eines bestehenden Gesetzes nicht überlassen werden darf, und daß deshalb die Gesetzgebung, die an solcher Ausdeutung ein Interesse hat, einspringt. Das beste Beispiel bietet das Verhältnis der sogenannten Ostmarkenvorlage zum preußischen Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, das wieder auf Art. 9 Pr.V.U. zurückführt. Zu den „Gründen des öffentlichen Wohls“, aus denen die Enteignung von Grundeigentum nur zulässig ist, könnte logischerweise ebenso gut oder besser die Sicherung des gefährdeten Deutschtums in den östlichen Pro-

vinzen, wie der Bedarf eines Truppenübungsplatzes oder der Bedarf an Land zur Herstellung einer geplanten Straße gerechnet werden. Und doch hat man davon abgesehen, dem bisherigen Enteignungsverfahren die Enteignung polnischer Komplexe zu überweisen, nicht etwa weil das Gesetz von 1874 unter „öffentlichem Wohl" nur wirtschaftliches Wohl verstanden hat (diese oft aufgestellte Behauptung ist durchaus unrichtig), sondern einfach deshalb, weil der „Gesetzgeber" von 1874 an eine Enteignung in allgemeinem politischen Interesse nicht gedacht hat. Hierbei ist das Datum des Enteignungsgesetzes nicht gleichgültig. Würde das Zustandekommen des Gesetzes länger hinter uns liegen, so wären die Motive, von denen der Gesetzgeber geleitet oder nicht geleitet wurde, weniger wichtig für uns. Ja, man kann ganz ruhig den Satz festlegen, daß ein Gesetz um so leichter von der Rechtsprechung weitergeführt zu werden mag, je älter es ist. So wird die Klinge mit den Jahren biegsamer. Auch das Alter, nicht nur die Fassung des Code Napoléon kommt der französischen Rechtsprechung zugute. Wie sehr freilich auch die Fassung daran beteiligt ist, zeigt ein Vergleich mit dem alten A.L.R., das seiner Kasuistik wegen — trotz der außerordentlich geschickten Bemühungen des Obertribunals — niemals allzu gut zur richterlichen Weiterführung geeignet war.

Ist nun aber jede lex specialis des Richters gleichsam ein Akt von seinen Gnaden, so kann es offenbar leicht kommen, daß ein Richterspruch an dem Gefüge des Staates rüttelt. Diese Wir-

kung vermag sich auf zweierlei Weise geltend zu machen. Einmal, indem die Allgemeinheit sich in ihrer Rechtssicherheit bedroht fühlt: der Richter hat das Individuum oder die Klasse auf Kosten der Allgemeinheit bevorzugt. Dann ist das Urteil falsch, oder, besser gesagt, zweckwidrig gewesen. Zweitens jedoch erscheint das Urteil zwar rechtlich befriedigend, also sicherheitsfördernd, eine einzelne Klasse aber fühlt sich wirtschaftlich davon getroffen. Ist dies eine maßgebende Klasse, so ist der Staat wirklich in seiner alten Ordnung gestört, oder es wird dies wenigstens von den in Betracht kommenden Kreisen behauptet. Hier zeigt sich am schönsten die Macht des Rechts. Es setzt sich in dem Spruch des einsichtigen Richters durch, auch wenn wirtschaftliche Interessen dagegenarbeiten. In Parenthese sei zugefügt, daß die richerliche Einsicht sich besonders auch in der Achtung des Koalitionsrechts zeigen wird. Solange die Arbeiterklasse nichts anderes will als vorwärtskommen — und das kann sie vorzüglich durch Zusammenschluß — dient sie nur dem Staat und der Gesamtheit. Wird darüber hinaus die Rechtssicherheit bedroht, so mögen die allgemeinen Strafgesetze ihre Schuldigkeit tun. Das Koalitionsrecht selbst aber ist, eben im Interesse der Gesamtheit, vom Richter nicht zu beschränken (durch Ausweitung des Erpressungsparagraphen, des Unfugsparagraphen oder gar des § 361 Ziff. 10 St.G.B.), sondern soll im Gegenteil vom Richter fortgebildet werden, z. B. durch Sicherstellung der heute rechtlich ganz unbeschützten Tarifverträge.

Hierdurch wird offenbar, daß — im Widerspruch zur materialistischen Geschichtsauffassung — das Recht ebensowohl die Wirtschaft beeinflussen kann, wie die Wirtschaft das Recht. Denn in unserem Falle ist die lex specialis des Richters geeignet, die Wirtschaft im Sinne der Rechtsauffassung der Allgemeinheit fortzubilden und damit schließlich dem Staatsgefüge, soweit es auf der Wirtschaft beruht, veränderte Lagerungen zu geben. Schließlich führt dann die lex specialis zu einer neuen lex generalis, die den gewandelten Verhältnissen Rechnung trägt. Solche anscheinend zersetzende, in Wahrheit aufbauende Tätigkeit aber ist wieder einzig dem Richter vorbehalten, nicht der Polizei. In diesem Sinne ist die Verwaltung stets nur nachschöpferisch, der Richter schöpferisch. Und schöpferisch ist naturgemäß auch die Gesetzgebung, was sie wiederum von der Verwaltung, der sie vorhin nahegebracht wurde, fortlenkt und der Rechtsprechung zuführt. Es kommt hier nicht einmal so sehr darauf an, daß die Verwaltung durch ihr Betonen des Sachlichen von vornherein auch das Menschliche typisch färbt, während die Gesetzgebung doch immer erst zur Typisierung der tausend Einzelfälle mit ihren tausend menschlichen Problemen gelangen muß. Wichtiger ist, daß die Gesetzgebung das Typische, mit dem sie es zu tun hat, selbst von Grund auf bildet, die Verwaltung aber nur die Typen etwas fortbildet, die ihr von der Gesetzgebung geliefert werden.

Leider ist in neuerer Zeit die Bedeutung der Typisierung und Objektivierung verdunkelt worden. Dernburg und nach im besonders

Richard Loening haben die Sätze des objektiven Rechts nur als abstrakte Aussagen über subjektive Rechte betrachtet. Wer unserer Erörterung über das Verhältnis des natürlichen Rechts zum positiv-staatlichen sich angeschlossen hat, der weiß, daß man unmöglich die primären rechtlichen Begehrungen auf gleiche Stufe stellen kann mit dem objektivierten Recht. Dies schließt schon die Tendenz auf die Allgemeinheit aus, von der ebenso die Gesetzgebung wie die Rechtsprechung geleitet wird. Nicht anders als die genannte Theorie würde man verfahren, wenn man die Volkswirtschaft nur ansehen wollte als die abstrakte Darstellung der von den einzelnen Privatwirtschaften geübten Grundsätze. Nein, wie hoch man auch die einzelnen Rechtsvorstellungen schätze — und wir schätzen sie gewiß —, für das objektive Recht sind sie doch lediglich Material. Dies objektive Recht ist nicht ursachlos, aber es selbst bildet doch erst die Ursache für die subjektiven Berechtigungen. Andernfalls läßt man einen Subjektivismus der Menge gelten, der lediglich eine Atomisierung des Rechts zur Folge hat, wogegen der Subjektivismus des Rechts, den wir postuliert haben, innerhalb deutlicher Schranken und in zentripetaler Absicht vom Richter ausgeübt wird.

Ist aber eine Verwechslung dieses Subjektivismus mit jenem wenigstens möglich beim positiven Recht, das der Richter schafft, so muß sie als ausgeschlossen bezeichnet werden beim Recht als Produkt der Gesetzgebung, beim positiven Recht im engeren Sinne. Allein dies Recht wird ja auch von Dernburg und Loening unter

objektivem Recht verstanden. Vor dem objektiven Recht dieser Art ist (ausgenommen den seltenen und hier nicht interessierenden Fall, daß eine geschlossene Reihe von leges speciales über eine Materie vorliegt) historisch überhaupt kein wirkliches Recht vorhanden; nicht früher als mit der Objektivierung der rechtlichen Überzeugungen setzt die wahre Gestaltung gerade auch dieses positiven Rechtes ein. Weshalb es denn dabei bleibt, daß das Recht im subjektiven Sinne — als ein Wollendürfen — sich hieran erst anschließt. Nur so ergibt sich auch für die Gesetzgebung diese Beherrschung aller Kräfte des Lebens, die früher schon für die Rechtspflege zu konstatieren war. Im Gegensatz dazu beherrscht die Verwaltung stets nur einen kleinen Ausschnitt des Lebens.

Aus dieser anscheinend sehr theoretischen Feststellung erklärt sich eine praktisch sehr bedeutsame Tatsache. Man nimmt für die leitenden Stellen in der Verwaltung nicht, wie man sich ausdrückt, Fachleute, sondern Juristen. Die Kontrastierung: Fachleute und Juristen, sagt hier eigentlich schon alles. Die ersten sind diejenigen, die ihr Fach übersehen, die zweiten die, welche eine allgemeine Übersicht haben. Beherrschung des Lebens und Beherrschung einer Seite des Lebens. Noch klarer gesprochen: man fügt das richterliche Element als das beherrschendere, allgemeingültigere ein in die Verwaltung. Man will der Verwaltung, die an sich des Unschematischen garnicht bedarf, doch dies eigentlich Wertvolle am Richter-Menschen zuführen. Und damit das Wertvolle am Juristen

überhaupt, denn die ganze Wissenschaft vom Recht kreist doch um die richterliche Tätigkeit, so daß in jedem Juristen ohne weiteres etwas vom Richter leben muß. Richterlicher Geist aber ist nichts Anderes als staatsmännischer Geist.

Man spricht von der „formalen" Überlegenheit des Juristen über den Techniker und behauptet, von dieser Eigenschaft rühre die Bevorzugung des Juristen. In der Deutung, die man im allgemeinen dem Begriff „formal" gibt, ist dies Argument nicht zu halten, denn die Beherrschung äußerer Formen erlernt jeder halbwegs tüchtige Mensch. Es handelt sich aber beim Juristen um die Beherrschung des Lebens mittels Eigenbildung von Formen. Der Vergleich zum Künstler wurde früher schon gezogen. Dieser schöpferische Formalismus erhebt den Juristen in der Tat über den Fachmenschen und befähigt ihn, in sämtlichen Berufen die Organisation zu führen. Ob einer alle diese Möglichkeiten in sich hat, entscheidet über seine juristische Begabung. Meist ist jedoch der sogenannte Jurist auch nur ein Fachmensch, was ihn eben zum Juristen disqualifiziert. Der Künstler — das sei kurz bemerkt — kommt hier garnicht in Betracht, weil seine formale Beherrschung des Lebens tendenzlos ist. Der Jurist aber hat die stärkste Tendenz, die Gesamtheit und ihr Leben in der ausführlich geschilderten Weise zu beeinflussen. Und er will auch die Wirkung sehen: der Staat, die Welt soll gesund und sicher erhalten bleiben.

In Wirklichkeit — das sehen wir jetzt — ist nur das Wort „Fiat iustitia, fiat mundus" richtig.

Der Triumph des Rechts hat ganz dasselbe zu sein, wie der Triumph der Welt.

Nur, wenn man dies festhält, wird man entscheiden können in dem viel berufenen Streit, was vorzuziehen sei: die Schnelligkeit oder die Richtigkeit in der Justiz. In Wahrheit ist nämlich zwischen Schnelligkeit und Richtigkeit regelmäßig gar kein Gegensatz vorhanden. Wohlgemerkt: die Prüfung des Tatbestands hat gründlich zu geschehen; hier sind dem Tempo ganz bestimmte Grenzen gesteckt. Aber es ist natürlich schon wichtig, die Grenzen nicht unnötig zu erweitern. In dieser Hinsicht kann durch Verstärkung der Richtermacht im Zivilprozeß manches gebessert werden. Was aber von uns gemeint wird, ist doch noch etwas anderes. Es kommt die rechtliche Beurteilung nach stattgehabter Beweisaufnahme in Frage. Wer eine absolute Gerechtigkeit annimmt, der muß in unruhvoller Mühe und auch unter Aufwendung entsprechender Zeit nach diesem Ideal suchen. Wer aber die Gerechtigkeit nur als etwas Relatives ansieht, als etwas, das im einzelnen Falle die staatliche Sicherheit befördern soll, der weiß, daß für das Volk die Sicherheitsverbreitung die beste ist, die am schnellsten arbeitet. Ja, man kann weiter gehen und sagen, daß niemals eine Verbreitung von Sicherheit vorliegt, wenn das Urteil nicht schnell ergeht. Die Welt ist befriedigt nur, wenn die Entscheidung des Streites und damit die Vollstreckung des Urteils nicht auf sich warten läßt, und da es ja heißen soll „Fiat iustitia, fiat mundus“, so ist auch nur dann eine Gerechtigkeit vorhanden. Schließlich kann man die noch

weitergehende Behauptung aufstellen, daß die Schnelligkeit nicht nur stets ein Teil der Richtigkeit ist, sondern unter Umständen sogar identisch mit Richtigkeit. Dieser Fall liegt vor, wenn die Entscheidung — wie man zu sagen pflegt — auf des Messers Schneide steht. Dann gibt es nur eine Richtigkeit: das Zupacken.

Eine wie großartige und männliche Aufgabe an den Richter herantritt, wenn das Gerechte nichts Metaphysisches mehr sein soll, sondern einzig und allein das Sachgemäße, ist ohne weiteres klar. Und diese Aufgabe ist völlig antidialektischer Natur, geht ein in die stärkste Strömung, nicht allein der heutigen Jurisprudenz, sondern der heutigen Zeit. Sogar Kohler verspeist Hegel nur mit Ausnahme seiner Dialektik. Bedeuten soll der Richter, nicht bloß ausdeuten. Zum bloßen Ausdeuter würde er übrigens gerade auch dann herabsinken, wenn er das natürliche Recht einfach annehmen würde.

Recht und Ethik haben den gleichen Weg zurückgelegt. Sie waren ursprünglich subjektivistisch-utilitarisch, d. h. man sprach Recht oder proklamierte Moral nach höchstpersönlichem Gutdünken in höchstpersönlichem Interesse. Dann wurde Recht und Ethik objektivistisch-abstrakt. Über den Wolken gab es ein Recht und eine Ethik, die Wissenden erklärten sie. Je nach dem Maß der im Volke lebenden Kritik taten sie das vorwiegend in ihrem oder vorwiegend im Interesse der Allgemeinheit. Dies ist die Periode der Dialektik. Wir sind in eine dritte Periode eingelaufen. Recht und Ethik sind wieder subjektivistisch geworden, doch diesmal mit

starker Tendenz auf das Gemeinwohl. Man weiß, es gibt weder absolut Rechtes, noch absolut Ethisches. Die große Persönlichkeit spricht Recht oder stellt ethische Normen auf. Die Allgemeinheit aber übt die Kontrolle. Das Subjektive wurzelt im Konkret-Objektiven. Hier liegt auch das Dritte jenseits von Aristokratismus und Demokratismus. Man ist — stets innerhalb der Forderungen der staatlichen Sicherheit — subjektivistisch-humanitär oder sollte es wenigstens sein. Humanitär nicht in dem Sinne von Wohltaten, sondern von Menschlichkeit spendend. Der menschliche Richter, der auch im Strafen liebt, ist der höchste. Und wieder ist hier eine Ähnlichkeit zwischen Richter und Künstler. Nur der ist Künstler, der die große Liebe hat. Und von der Betrachtung eines Menschen durch Richter wie durch Künstler können die schönen Worte Jacobsens gelten: „Du sollst nicht gerecht sein gegen ihn; denn wohin kämen die Besten von uns mit der Gerechtigkeit; nein, aber denke an ihn, wie er die Stunde war, da Du ihn am tiefsten liebtest.“

Aus dem eben Gesagten ergibt sich eine Lösung der Frage nach der Beteiligung der Laien an der Rechtsprechung. Erfolgt sie in der Form des Schöffengerichts, so vereinigen sich hier theoretisch die Anschauungen des Volks (Laienrichter) mit der Betonung des Gemeinschaftszwecks, der gleichmäßigen Interessenabwägung (gelehrter Richter). Wenn nun auch der Richter beide Tendenzen bereits in sich vereinigen soll, so wäre doch gegen eine Verstärkung des volksfreundlichen Elements nichts einzuwenden, falls

die Schöffen nur wirklich ihrer Aufgabe genügen würden. Aber die Erfahrung zeigt, daß die vorhin besprochenen Klassenvorurteile bei den Schöffen wegen der ihnen mangelnden Gewohnheit auch nur einigermaßen voraussetzungsloser Betrachtung weit tiefer sitzen als bei dem Richter. So wirkt auch hier wieder eine vom landläufigen Liberalismus hoch gepriesene Einrichtung in der Praxis ganz unliberal. Der Schöffe bringt nicht die Anschauungen des „Volkes“ mit, sondern die seiner Klasse. Anders steht es bei den Sondergerichten, wie Kammer für Handelssachen, Kaufmannsgericht oder Gewerbegericht, wo die Rechtsuchenden nur Angehörige ganz bestimmter Berufe sind und wo — bei den beiden letztgenannten Gerichten wenigstens — außerdem der eine Laienrichter den Arbeitgebern, der andere den Arbeitnehmern entnommen ist. Hier kann man auf verständnisvolle Anschauungen der Laienrichter rechnen. Aber wollte man aus diesen Institutionen die letzten Konsequenzen ziehen, so gäbe es schließlich keinen Beruf mehr, der nicht sein Sondergericht hätte. Da ist es doch schon besser, daß man den Standpunkt einnimmt: Principiis obsta, und daß man vom Richter die volle Herrschaft über den Rechtsstoff verlangt. Finanzgründe dürfen die Laiengerichte nicht am Leben erhalten.

Man kann dabei ganz ruhig den Richter auf nicht allzu begrenztem Gebiete zum Spezialisten machen. Es ist durchaus nicht erwünscht, daß der Strafrichter morgen Zivilrichter, und daß der Vorsitzende einer Handelskammer morgen Strafrichter wird. Was vom Amtsrichter gilt, das gilt auch vom Landrichter: er wird nicht warm

auf seinem Posten. Und vor allem: man macht fast wahllos den einen zum Zivilrichter, den anderen zum Strafrichter, ohne die Anlage der Einzelnen zu sondieren. Daher kommt dann, was man so oft in Strafverhandlungen beobachten kann: der Staatsanwalt ist der eigentliche Verhandlungsleiter, weil er im Gegensatz zum Vorsitzenden den Kriminaldienst wirklich kennt.

Selbstverständlich ist nach dem früher Betonten, daß der Untersuchungsrichter Spezialist sein muß, denn er ist ja trotz der seelischen Gemeinsamkeit garnicht kurzweg unter die übrigen Richter zu ordnen. Es bedeutet einen schweren Schaden für unsere Strafrechtspflege, daß in der Praxis nicht entsprechend verfahren wird. — Noch schärfer ist der Kriminalrichter der Jugendlichen abzusondern, weil er ein Richter allereigenster Art zu sein hat. Bei ihm nämlich hat die Person des Angeklagten so stark in den Vordergrund zu treten, daß die Rücksicht auf die Gesamtheit dagegen verblaßt. So erstreckt sich die Individualisierung, die der Richter zu betreiben hat, gleichsam nicht auf den ganzen Fall mit allen damit verknüpften Interessen, sondern nur auf den Angeklagten, erreicht aber in dieser Begrenzung den höchsten Grad. Hier bleibt selbst der Vormundschaftsrichter zurück, dessen gemeingültigere Fälle doch immer den Blick auf die Gesamtheit eröffnen und eröffnen müssen, und der deshalb nicht ohne Vorbehalt mit dem Jugendrichter zusammengenannt werden sollte. Man heißt aber die Tätigkeit, die zunächst und vor allem eine Einwirkung auf die Person bezweckt, erziehen, nicht richten. So hat der

Jugendrichter in Wahrheit Jugenderzieher zu sein. Leider rede ich hier völlig de lege ferenda; neue Grundsätze für die Behandlung der Jugendlichen bilden wohl den dringensten Reformpunkt in der Strafrechtspflege.

Über die Geschworenengerichte näher zu sprechen, dürfte wohl überflüssig sein, nachdem wir schon die Schöffengerichte ungünstig beurteilen mußten. Erst zwingt man Leute, die völlig ungeübt sind, einer Verhandlung zu folgen, stundenlang gerade bei den schwierigsten Fällen im Gerichtssaal zu sitzen, und nachher sperrt man sie noch zur Abgabe eines sogenannten Wahrspruchs in eine Kammer, wo sie nur mit ihren Vorurteilen zusammen sind. Die Trennung der Schuldfrage von der Straffrage macht ja überhaupt dem vormärzlichen Liberalismus alle Ehre, sollte aber doch endlich als lebensfremde — leider höchst gefährliche — Spielerei in die Rumpelkammer getan werden.

Auf Grund also der Einsicht in die Forderungen der Rechtssicherheit treibt der Richter urteilend Gestaltung des Lebens. Beratend hat der Anwalt dasselbe zu leisten. Hierbei mag das Problem des Anwalts kurz berührt werden. Man kennt die Tendenzen, die auf eine Beschränkung der advokatorischen Tätigkeit abzielen. Bei diesem Punkte wird in vielen Kreisen gern von Anwaltfeindschaft und von einer Zurücksetzung des Anwalts gegenüber dem Richter gesprochen. Eine solche kategorische Betrachtungsweise aber findet keinen Zugang zu dem wirklichen Problem. Es handelt sich um das Prinzip des kleinsten Kraftmaßes, es handelt sich darum,

mit geringeren Mitteln denselben oder einen noch höheren Effekt zu erreichen. Auch die Forderungen nach Verminderung der Kollegialgerichte, wodurch doch der Richterstand Einbuße erleidet, laufen in gleicher Linie. Hier wie dort hängt die Beurteilung der angestrebten Maßnahmen lediglich davon ab, ob dadurch das vorhin bezeichnete Prinzip verwirklicht wird. Ist dies nicht der Fall, so rückt die Forderung damit in die Nähe jener Bequemlichkeitstheorieen, von denen schon einmal die Rede war. Ist dies aber der Fall, so darf auch das größte Wohlwollen derart sozial unberechtigte Institutionen nicht am Leben erhalten. Die Abschaffung ist dann nicht von Feindschaft diktiert, sondern von Einsicht.

Der Zweck der anwaltlichen Stellung ist Verbreitung von Rechtssicherheit in beratender Form, und zwar soll der Anwalt nicht nur Berater der Partei, sondern auch des Richters sein. Der Anwalt soll den Richter bei der „Rechtsfindung" — d. h. bei der Ermessung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte — unterstützen. Der Partei aber soll er so lebhaft zur Seite stehen, daß seine beratende Tätigkeit zugleich ein schützendes Vorgehen bedeutet. Soweit der Anwalt alle diese Funktionen zu erfüllen vermag und zu allen diesen auch notwendig ist, muß er für sozial durchaus berechtigt angesehen werden, ja auch nur bei Erfüllung einer dieser Funktionen ist er am Platze. In einer großen Reihe von Prozessen jedoch ist der Anwalt nicht einmal zur Wahrnehmung eines dieser Geschäfte berufen, und hier ist er denn in der Tat nichts

als ein störendes Element. Gemeint sind alle die zivilrechtlichen Bagatellsachen, bei denen die Parteien ganz genau wissen, was sie wollen und auch in der Lage sind, ihren Wünschen Ausdruck zu geben. Somit brauchen weder die Parteien den Anwalt, noch auch der Richter, der von den Parteien selbst am allerbesten beraten wird. Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß nicht solche Prozesse oftmals „juristisch" schwierig, ja schwieriger liegen, als manche großen Sachen. Will man diese Tatsache gegen die angeführten Bestrebungen verwenden, so rennt man offene Türen ein und stiftet zudem noch Verwirrung. Es ist in den Bagatellsachen menschliche Klarheit vorhanden, was unter Umständen viel wichtiger ist als juristische Klarheit. Die Sphäre, in der sich der Prozeß abspielt, ist von vornherein gegeben. Dort weht gleichsam eine volkstümliche Luft, die jenseits alles Juristischen sich ausbreitet. Was an Positiv-Juristischem notwendig ist, fügt schon der Richter hinzu, dessen Kunst es im übrigen zu sein hat, möglichst in der volkstümlichen Bahn zu bleiben. Dies gerade ist die Probe für die Befähigung des Richters — wandelbar zu sein mit immer der neuen Tendenz der Rechtssicherheit —, wollte man ihm die Probe auf diese Befähigung abnehmen, etwa durch Einstellung von Zivilschöffen, die man schon verlangt hat, so würde damit der falscheste Weg beschritten. Offenbar bringt der Zutritt des Anwalts zu dem Terzett der Parteien und des Richters eine ganz veränderte Stimmung. Gerade hier, wo das Menschliche klarliegt, wird der Anwalt, um nicht seine Überflüssigkeit vor

der ganzen Welt zu bescheinigen, das im engsten Sinne Juristische in den Vordergrund schieben müssen. Dies ist schon dann störend, wenn beide Parteien sich eines Anwalts bedienen. Doch gibt es hier wenigstens eine Alternative als Ausweg. Entweder nämlich vertreten die Anwälte völlig ihre Parteien, also auch in der Verhandlung, dann nimmt der ganze Prozess ein spezifisch juristisches Gepräge an oder die Anwälte lassen den Parteien den Vortritt, vor allem in der mündlichen Verhandlung, und sind so nur etwa als Beistand tätig, dann kompensieren sich gewissermaßen ihre juristischen Darlegungen. Eine nicht fortzuräumende Diskrepanz jedoch entsteht, wenn nur auf der einen Seite sich ein Anwalt befindet, auf der anderen aber lediglich der Kläger oder Beklagte. Dann sind die Parteien stets in verschiedenen Positionen: meist ist die erstgenannte Partei besser gestellt, weil der Richter in der Regel auf ihre juristischen Feinheiten sich einlassen wird, die der Gegner nicht entsprechend erwidern kann; manchmal aber ist sie auch schlechter daran, wenn nämlich der Richter den volkstümlichen Ton des Prozesses nicht zu verlassen gedenkt.

Es ist deshalb vollkommen berechtigt, die Zulassung von Anwälten, soweit dies möglich ist, gänzlich auszuschließen bei bestimmten Rechtsstreitigkeiten, die von den unmittelbar Beteiligten aufs einfachste und schnellste klargelegt werden können. Nicht möglich ist diese Ausschließung ja schon überall da, wo die Parteien von einander entfernt wohnen. Umsomehr sollte dort, wo bei einem Bagatellstreit der Sache nach die

Parteien am gleichen Orte oder in der gleichen Gegend sich aufhalten, der Anwalt ausgeschaltet werden. Hierher gehören diejenigen Prozesse, welche der Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte unterliegen. Hierher würden auch — was de lege ferenda bemerkt sei — die Amtsgerichtsprozesse mit ganz kleinen Objekten (vielleicht bis zu 50 oder 100 Mark) gehören, deren Parteien im Bezirk zuhause sind. So ungünstig wir auch die Existenz der Sondergerichte beurteilen mußten, sie haben doch wenigstens den Anlass gegeben, die Parteien einmal in Sachen, wo sie sich allein zu helfen wissen, sich selbst zu überlassen und sie damit prinzipiell auf gleichen Boden zu stellen. Ohne die besagte Voraussetzung aber ist — das wurde nun wohl genugsam betont — die Eliminierung des Anwalts keinesfalls zuzugeben.

Wo andererseits Rat und Schutz von Seiten des Anwalts geboten ist, da muß der Anwalt auch hinzugezogen werden und zwar über den heutigen Stand hinaus. Zum Beispiel wäre die notwendige Verteidigung nicht unwesentlich über die in § 140 St.P.O. festgelegten Grenzen auszudehnen, aber auch nach der Richtung zu verändern, daß der jüngere Referendar vor Schwurgericht und Strafkammer als bestellter Verteidiger nicht fungieren dürfte. Dagegen könnten Verteidigungen vor den Schöffengerichten diesen Referendaren in größerem Maßstabe überwiesen werden. In den erheblicheren Strafsachen muß dem schlecht situierten Angeklagten, der doch — ist er nicht gerade ein Zustandsverbrecher — stets genugsam ver-

wirrt ist, ein unabhängiger und erfahrener Rechtskundiger beigegeben werden. Dabei wären die Gebühren für die notwendige Verteidigung in liberalem Sinne auszugestalten.

Der juristische Theoretiker schließlich, der auf der einen Seite den Rohstoff heranschafft, auf der anderen die richterlichen Urteile verarbeitet, schlingt die tausend Fäden zu einem farbigen Gewebe. Wobei zu betonen ist, daß zwischen Wissenschaft und Praxis viel stärkere Zusammenhänge vorhanden sein müßten. § 4 G.V.G., wonach zum Richteramte jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität befähigt ist, wird selten zur Ausführung gebracht. Noch seltener verwirklicht wird die Bestimmung des § 138 St.P.O., daß zu Verteidigern die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen gewählt werden können. Es wäre nun außerordentlich heilsam, wenn die Möglichkeit des § 4 a. a. O. — noch ausgedehnt auf die außerordentlichen Professoren — zu einer Verpflichtung gemacht würde, und zwar so, daß jeder ordentliche und außerordentliche Rechtsprofessor bis zu einem bestimmten Lebensalter nebenamtlich Richterfunktionen ausüben müßte. (Die Bestimmung des § 138 a. a. O. wäre dann fortzulassen oder auf die Privatdozenten zu beschränken.)

Indem der Richter aber gewinnt, verliert das Recht selbst nicht an Bedeutsamkeit? Nein — das Recht war ein metaphysisches Kunstprodukt und ist nun eine Macht geworden, die aus dem Leben aufsteigt und auf das Leben zurückwirkt.

Oder vielmehr: Recht und Gerechtigkeit waren tatsächlich immer Produkte der Zeit, man wollte es nur nicht wahr haben. Es ist aber das Schicksal dieser frommen Lügen, daß die Frömmigkeit verfliegt und die Lüge bleibt. Vor allem und schließlich: jetzt erst ist es möglich, mit Bewußtsein am Recht zu arbeiten. Früher geschah die Arbeit gleichsam nur am Phantom. Damit ist denen, die von der „Trockenheit" der Rechtswissenschaft reden, die letzte Waffe aus der Hand gewunden.

Sach- und Namenregister

Buchdruckerei A. E. FISCHER
Hoflieferant
GERA - Reuß

